

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



“La inobservancia del concurso en su dimensión internacional y la ausencia de regulación en el ordenamiento jurídico peruano: una aproximación desde el Derecho Internacional Privado para un marco normativo adecuado”

Tesis para optar por el título de Abogada presenta la Bachiller en Derecho:

GIOVANNA ELIZABETH TULLUME CARRIÓN

ASESOR: DR. CÉSAR DELGADO BARRETO

22 de julio, 2013

*A Dios, mi Padre celestial, y a
Rosario y Manuel, mis padres
terrenales, por hacer de mí lo
que soy hoy.*



AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios y a la Virgen del Carmen por alimentar mi fe, guiar mis pasos y ser mi compañía en este largo camino de la vida.

Agradezco, especialmente, al Doctor César Delgado Barreto, mi asesor de tesis, por confiar en mí y en mi trabajo; por su dedicación y tiempo; por sus acertados comentarios y recomendaciones y por ser un gran maestro no sólo de la disciplina del Derecho Internacional Privado sino también de la vida y de la fe. Muchas gracias por todas aquellas lecciones que despertaron en mí, al igual que en muchos alumnos, el interés por el Derecho internacional privado, y sus experiencias vividas que día a día comparte conmigo y me ayudan a reflexionar sobre la vida.

Agradezco la confianza y el apoyo incondicional de mis padres que día a día me dan ejemplo de constancia, perseverancia y lucha para conseguir las metas trazadas, además de su gran amor y cariño. Asimismo a mis hermanos, Rosalyn, Manuel, Kevin y Wendy por su compañía, paciencia y comprensión.

Agradezco a la Pontificia Universidad Católica, mi *alma mater*, por darme las herramientas necesarias en las aulas para elaborar la investigación que hoy presento. Y su valioso cuerpo de docentes que contribuyeron con sus enseñanzas a mi formación académica.

Agradezco también a los Doctores de la Universidad Austral de Buenos Aires (Argentina), Ariel Dasso y la Universidad de Leiden (Holanda), Bob Welsess, y la Doctora de la Universidad de Groningen, Loes Lennarts, quienes me brindaron de su valioso tiempo para dialogar sobre esta fascinante materia. Muchas gracias por sus valiosos comentarios, sugerencias, recomendaciones y el material proporcionado para mi investigación. Asimismo, a los Doctores Renzo Canalle, Esteban Carbonell, Paolo Del Águila y Huáscar Ezcurra, quienes a través de emails y/o reuniones aportaron importante material para mi investigación.

Agradezco a los amigos que me alentaron y acompañaron en estos dos años y medio de la elaboración de esta tesis, Kelly Guerreros, Teresa López, Bertha Mantilla, Gerjon Mensinga, Karen Postigo, María Rondo y Silvia Vásquez, así como a todas aquellas personas que me incentivaron a continuar y no desistir en este proyecto.

Finalmente, deseo agradecer a las maravillosas personas, Lhena Baltazar, Mayra Llamas y Fejma Petersen, a quienes, pese a la distancia, guardo en mi corazón por el cálido acogimiento en su hogar durante mi investigación en Europa.

SUMARIO

“LA INOBSERVANCIA DEL CONCURSO EN SU DIMENSIÓN INTERNACIONAL Y LA AUSENCIA DE REGULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO: UNA APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PARA UN MARCO NORMATIVO ADECUADO”

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I: DEL DERECHO DE QUIEBRA AL DERECHO CONCURSAL CONTEMPORÁNEO.....	5
CAPÍTULO II: LA DIMENSIÓN INTERNACIONAL DEL CONCURSO: LOCALIZACIÓN, PRINCIPIOS PARA SU REGLAMENTACIÓN Y EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO NORMATIVO.....	53
CAPÍTULO III: LOS MODELOS DE REGULACIÓN MÁS AVANZADOS SOBRE LA INSOLVENCIA INTERNACIONAL: LA LEY MODELO UNCITRAL PARA EL TRATAMIENTO DE LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA Y EL REGLAMENTO EUROPEO DE INSOLVENCIA (N° 1346/2000).....	142
CAPÍTULO IV: EL DERECHO CONCURSAL EN LA LEGISLACIÓN PERUANA. LINEAMIENTOS Y PROPUESTAS PARA EL TRATAMIENTO DEL CONCURSO INTERNACIONAL.....	227
CONCLUSIONES POR CAPÍTULOS.....	341
CONCLUSIONES GENERALES Y RECOMENDACIONES.....	361
BIBLIOGRAFÍA.....	371

INTRODUCCIÓN

El proceso de globalización y las nuevas tecnologías han derribado las fronteras estatales permitiendo distintas relaciones de intercambio comercial internacional. Este nuevo orden internacional -cada vez más dinámico y con nuevos actores e instrumentos- exige a los Estados una modernización de sus legislaciones para adecuarla a los problemas que se derivan de este nuevo contexto, así como la implementación de mecanismos de cooperación internacional más efectivos para los mismos.

El mundo es hoy un mercado global, en el que la circulación de bienes y servicios, el libre flujo de capitales y las nuevas formas empresariales han permitido incrementar el comercio internacional. En esta actividad se interrelacionan los Estados y otros agentes económicos, observándose así una proliferación de relaciones privadas internacionales. Éstas no siempre se desarrollan con normalidad y, por diversos factores, surgen conflictos que son necesarios regular en este nuevo panorama internacional, dado los diversos ordenamientos en pugna se hace necesario recurrir a las fuentes del derecho internacional para solucionar estos problemas, entre ellos, tratados o convenios internacionales (bilaterales, multilaterales y regionales) y leyes modelos.

Uno de los problemas más relevantes del comercio internacional es la insolvencia internacional o concurso internacional. Se denomina así al procedimiento de insolvencia abierto a un deudor que tiene bienes o acreedores en un Estado distinto al que abrió dicho procedimiento. La relevancia de estos elementos internacionales en esta relación jurídica hace de ésta una relación privada internacional -objeto de estudio del Derecho internacional privado- y que necesita ser tratada como tal.

En el contexto económico actual la insolvencia internacional ha cobrado mayor importancia y vigencia. La crisis económica financiera generada en el 2008 aún sigue afectando a los Estados Unidos y a gran parte de Europa -siendo los países más perjudicados España y

Grecia-, a razón de ello muchas empresas no han logrado resistir este periodo de crisis y se han visto obligadas a someterse a un proceso de insolvencia internacional.

En base a lo expuesto, consideramos que la insolvencia internacional es un problema jurídico de relevancia actual que no se encuentra regulada adecuadamente en el derecho interno peruano. Si bien la Ley General del Sistema Concursal reconoce la posibilidad de que los acreedores extranjeros puedan hacerse parte del procedimiento de insolvencia abierto en el Perú, no se han desarrollado mecanismos adecuados de colaboración y coordinación entre las autoridades peruanas con las autoridades del país o de los países donde el deudor -al que se le sigue un procedimiento de insolvencia- tenga bienes y negocios, así como tampoco se han regulado muchos de los problemas que esta institución presenta. Todo ello genera inseguridad jurídica, una inadecuada protección del patrimonio concursado y desincentiva las posibles inversiones extranjeras.

En tal sentido, creemos que es importante desarrollar un marco normativo adecuado -a través de los métodos del Derecho Internacional Privado- para el tratamiento del concurso internacional en el ordenamiento jurídico peruano que cubra los vacíos existentes sobre los diversos problemas y necesidades que esta institución presenta, logrando así una administración eficiente del procedimiento transnacional de insolvencia que brinde una real protección al patrimonio concursado y proteja también los intereses de las partes involucradas en el procedimiento.

Para tal propósito, nuestra investigación se ha dividido en cuatro capítulos:

El Capítulo I, titulado *“Del derecho de quiebra al derecho concursal contemporáneo”*, tiene como finalidad observar los cimientos del Derecho concursal y su evolución hasta el estado actual. Así desarrollar el estudio de la institución del concurso: sus objetivos, sus principios y los sistemas de regulación adoptados por los diferentes ordenamientos en la actualidad.

El Capítulo II, titulado *“La dimensión internacional del concurso: localización, principios para su reglamentación y evolución del tratamiento normativo”*, expone la vinculación del

concurso y el Derecho internacional privado, los nuevos retos que se deben asumir para la reglamentación del concurso internacional ya que contempla problemas –propios de la relación privada internacional que es- no generados en un concurso local, por lo que necesita de un tratamiento especial, a través de los métodos del Derecho internacional privado, que ayude a lograr el objetivo del sistema concursal de un determinado Estado en un espacio internacional.

El Capítulo III, titulado “*Los modelos de regulación más avanzados sobre la insolvencia internacional: La Ley Modelo UNCITRAL para el Tratamiento de la insolvencia transfronteriza y El Reglamento Europeo de Insolvencia*”, busca desarrollar cómo han sido tratados los principales problemas de la insolvencia internacional en dichos cuerpos normativos, siendo el primero de ellos un instrumento de *soft law* –una Ley Modelo- que busca su incorporación al derecho interno de los Estados que así lo dispongan, y el segundo es un instrumento de *hard law* -un tratado comunitario- que se ha logrado luego de un arduo y largo debate entre los Estados parte que hoy lo conforman.

El Capítulo IV, titulado “*El Derecho Concursal en la legislación peruana. Lineamientos y propuestas para el tratamiento del concurso internacional en el Perú*”, tiene como objetivo estudiar el sistema concursal peruano y observar el tratamiento de nuestra legislación al concurso internacional para proponer mejoras al mismo y plantear soluciones a los problemas que no han sido recogidos en nuestra regulación sobre éste.

Al final de estos cuatro capítulos se plantean conclusiones por cada uno de ellos, conclusiones generales y recomendaciones, que nos permiten establecer la veracidad de la hipótesis planteada en la tesis: “*El ordenamiento jurídico peruano no regula adecuadamente el concurso internacional, éste dada su condición de relación privada internacional necesita ser estudiado como tal y gozar de un tratamiento legislativo a través de los métodos del Derecho Internacional Privado*”.

Respecto a las fuentes utilizadas hemos recurrido a análisis de libros, artículos en revista y páginas web, documentos y resoluciones de instituciones internacionales, jurisprudencia internacional, trabajos monográficos, tesis, etc., publicadas en diversos idiomas, tales

como, español, inglés y francés. Entre las fuentes destacan la Ley Modelo para la Insolvencia Transfronteriza elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y el Reglamento de Insolvencia Europeo elaborado por el Consejo de la Unión Europea.

Finalmente, en el presente trabajo se utilizarán tres métodos de investigación, el primero de ellos es el *método histórico* en el que estudiamos los orígenes de la institución del concurso hasta la actualidad; el segundo es el *método deductivo* puesto que se inicia con un conocimiento de la concepción general de la institución del concurso para luego acudir al núcleo de la tesis: el estudio del concurso internacional y los métodos para su reglamentación; y el tercero es el *método analítico*, que nos permitirá realizar un análisis de los distintos modelos de regulación que se han adoptado para dar solución a los problemas generados por la insolvencia internacional, a fin de observar sus beneficios y deficiencias, y proponer una regulación acorde con el ordenamiento jurídico peruano.



CAPÍTULO I

“DEL DERECHO DE QUIEBRA AL DERECHO CONCURSAL CONTEMPORÁNEO”

Sumario: 1. Antecedentes históricos generales. 1.1. Derecho Romano. 1.2. Derecho en la Edad Media. 1.3. Derecho Estatutario Italiano. 1.4. Derecho español. 1.5. Derecho Francés. 2. Conceptos fundamentales a analizar en la evolución hacia el Derecho concursal contemporáneo. 2.1. El deudor: deudor civil y deudor comerciante. 2.2. La quiebra, la insolvencia y el concurso. 2.3. La cesación de pagos y la crisis. 2.4. Hacia el Derecho concursal contemporáneo. 3. El Derecho concursal contemporáneo. 3.1. Objetivo: la conservación de la empresa. 3.2. Modelos de sistemas concursales. 3.2.1. Métodos para su tratamiento: Estado de crisis. 3.2.1.1. Método de mercado. 3.2.1.2. Método Gubernativo. 3.2.2. Concepciones del Derecho Concursal: Tradicionalistas vs. Procedimentalistas. 3.3. Principios del Derecho Concursal. 3.3.1. Principio de Universalidad. 3.3.1.1. Principio de Universalidad objetiva. 3.3.1.2. Principio de Colectividad. (Universalidad Subjetiva). 3.3.2. Principio de igualdad. 3.3.3. Principio de conservación de la empresa. 3.4. La privatización y desjudicialización del concurso.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS GENERALES.

1.1. Derecho Romano.-

En el ordenamiento jurídico del Derecho Romano no encontramos una figura que pueda asemejarse a la quiebra y al concurso tal como funciona actualmente, no obstante, es importante estudiarlo para comprender la evolución de ambas figuras, prestando especial atención al tratamiento del deudor y el desprendimiento de éste de su patrimonio, puesto que ello marca la diferencia con nuestro sistema concursal actual.

En el Derecho Romano no se concebía la posibilidad de que los bienes salieran del patrimonio sino por voluntad de su titular -lo cual excluía cualquier forma de ejecución forzosa de sus bienes-, en consecuencia, las medidas que se tomaban no se dirigían al patrimonio del deudor sino a la persona para forzarlo a cumplir.¹ Así encontramos un

¹ Cf. DURÁN PRIETO, María Cristina y Ana María REINALES RONDOÑO. Insolvencia Transfronteriza. Tesis de Licenciatura en Derecho. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas,

conjunto de disposiciones de carácter ejecutivo a favor del acreedor, con la finalidad de asegurarle el pago de sus créditos e impedir que sus derechos sean burlados por el deudor, quien debía soportar en caso de incumplimiento las más impensables consecuencias derivadas de las ideas de venganza que dominaban el procedimiento de aquellos tiempos.²

En este sistema se instituyó un procedimiento contra la persona del deudor: la “*LEGIS ACTION PER MANUS INJECTIO*”, aprehensión corporal que se preveía, entre otros casos, para la ejecución de sentencia en virtud de la Ley de las XII Tablas.³ En este procedimiento se le otorgaba al deudor un plazo de treinta días para que cumpliera con su obligación, vencido este plazo se procedía a la captura del obligado, quien llevado a la presencia del Pretor era adjudicado a su acreedor, si nadie se compadecía de él y no se presentaba como fiador, el acreedor podía ejecutarlo y en caso haya pluralidad de acreedores podía ser partido en pedazos. Luego se observó que resultaba más ventajoso vender al deudor como esclavo y repartirse el precio en proporción al monto de sus créditos.⁴

Este procedimiento estaba dominado por el carácter privado de la justicia, es decir, la ejecución de las sentencias eran iniciativa exclusivamente del acreedor, la autoridad judicial jugaba un segundo plano y sólo otorgaba autorización al acreedor para la ejecución de dicha sentencia.⁵

Posteriormente, ante las reiteradas protestas del pueblo, este procedimiento tuvo que ser suprimido. Fue reemplazado, en el año 428 de la República, por la *LEX POETELIA* que introdujo serias modificaciones al procedimiento inhumano hasta entonces imperante,⁶ limitó el carácter personal del procedimiento, suavizando la rudeza de la *MANUS*

2004, pp, 24. Consulta: 10 octubre de 2010.
<<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS81.pdf>>

² Cf. NUGENT, Ricardo. Derecho de Quiebra. Tesis de Doctorado en Derecho Privado. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho, 1962, pp, 3-4.

³ Cf. CERDÁ ALBERO, Fernando y Ignacio SANCHO GARGALLO: “Curso de Derecho Concursal”. Madrid: Colex, 2000, pp. 29.

⁴ Cf. NUGENT, Ricardo. Loc. cit. pp. 4.

⁵ *Ibíd.*

⁶ *Ibíd.*

INJECTIO y abriendo el camino a la ejecución patrimonial.⁷ La **LEX POETELIA** marca el cambio del sistema de ejecución personal del deudor, al sistema de ejecución patrimonial en el cual los acreedores toman posesión de todo el patrimonio del deudor que ha sido condenado, o que ha confesado sus deudas, o que no ha comparecido a la causa.⁸ Sobre este cambio de sistema el profesor CASTRO nos dice: “Podemos considerar que fue el desarrollo de la cultura jurídica, el que logró la aceptación de la separación del patrimonio de la persona y su titular”.⁹

En los años siguientes, ante los casos cada vez más frecuentes de fuga o desaparición del deudor, surge el procedimiento de la **MISSIO IN PROSESIONEM** este procedimiento autorizaba al acreedor apropiarse de los bienes del deudor y hacerse con ellos pagos de la deuda. *La ejecución personal se convierte en una ejecución real sobre el patrimonio del deudor.* Luego este procedimiento fue modificado por la **BONORUM VENDITIO** que consistió en la autorización que se otorga a una persona para enajenar los bienes del deudor y pagar con el producto de la venta las deudas existentes. Este sistema se basaba en la ficción de la muerte del deudor y llevaba consigo la nota de infamia. Era un acuerdo privado, que sólo tenía validez para los acreedores que habían participado en éste; no obstante, luego se hizo extensivo a todos los acreedores, hayan participado o no, observándose en esta figura una aproximación al concordato pero no se debe olvidar que éste está circunscrito a la materia sucesoria.¹⁰

A finales de la República se instituyó mediante la Ley Julia (año 737 de Roma), un nuevo modo de ejecución sobre los bienes: la **CESSIO BONORUM**. El deudor, aún después de condenado, podría hacer voluntariamente “*cesión universal de los bienes*” a favor de sus acreedores pudiendo evitar los castigos contra su persona y la infamia, y podía retener parte

⁷ Cf. CASTRO COVELLI, Miguel: Evolución y principios doctrinales de la institución de la quiebra. Tesis para optar por el Título de Abogado, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas, 1981, p. 35.

⁸ FERRERO DIEZ CANSECO, Alfredo. “*Del Derecho de Quiebra al Derecho Concursal Moderno y la Ley de Reestructuración patrimonial*”. En: Revista Derecho. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, N° 47, 1993, p. 386.

⁹ CASTRO COVELLI, Miguel. “Evolución y principios doctrinales de la institución de la quiebra”. Op. cit., p. 35.

¹⁰ DURÁN PRIETO, María Cristina y Ana María REINALES RONDOÑO. *Insolvencia Transfronteriza*. Op. cit., p. 26.

de sus bienes para atender a sus necesidades básicas.¹¹ Los acreedores no adquieren un derecho de propiedad sobre los bienes del deudor pero sí un derecho de posesión, con la particularidad de que pueden enajenar los bienes de éste para satisfacer sus créditos con el precio.¹²

A pesar de que observamos un mejor tratamiento al deudor, debemos señalar que nunca se desatendió el derecho del acreedor, por ello se crearon mecanismos para una mejor protección de sus derechos, tal como, la *ACTIO PAULIANA*, acción mediante la cual se podía anular toda adquisición sea a título oneroso o gratuito que se realizaba en perjuicio del acreedor.¹³

1.2. Derecho en la Edad Media

En la Edad Media se perfilan los cimientos del derecho concursal tal como lo observamos en la actualidad, sin embargo no hay un acuerdo del lugar donde estos empezaron a gestarse.

En esta etapa el uso del sistema *CESSIO BONORUM* se extendió, principalmente a partir del siglo XIII, la ejecución de los bienes libraba al deudor de la ejecución personal, pero respondía con bienes futuros las deudas insatisfechas. Para que este beneficio de la cesión de bienes se le aplique al deudor era requisito que la insolvencia haya sobrevenido sin culpa del deudor.¹⁴

En esta época los comerciantes y diferentes agrupaciones formaron manifestaciones para reclamar sus derechos a las autoridades. En los siglos XIII y XV las ciudades comerciantes más desarrolladas (Venecia, Génova, Florencia, Siena, Amalfi y Milán) establecieron una

¹¹ Cf. APODACA citado por CASTRO COVELLI, Miguel. En: Evolución y principios doctrinales de la institución de la quiebra. Op. cit, p, 43.

¹² GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo II. México: Editorial Porrúa, 1979, p, 379.

¹³ Cfr. NUGENT, Ricardo. Derecho de Quiebra. Op. cit., pp. 5 y 6.

¹⁴ Cfr. CERDÁ ALBERO, Fernando y Ignacio SANCHO GARGALLO. “Curso de Derecho Concursal”. Op. cit. 30-31.

regulación sistemática y completa de la quiebra, observamos así las bases de esta institución¹⁵:

- a) *En un inicio la quiebra se aplicaba tanto a los comerciantes como a los no comerciantes (Estatuto de Siena 1262), pero rápidamente sólo se restringió a los primeros, porque eran estos los que realizaban operaciones de crédito y quedaban expuestos a los efectos de incumplimiento.*
- b) *La cesación de pagos constituía al comerciante en quiebra.*
- c) *La fuga se consideraba un síntoma típico de la insolvencia, se requería una desaparición relacionada con un pasivo insatisfecho.*
- d) *Ante un hecho de la quiebra por cesación de pagos o por fuga, intervenía el órgano jurisdiccional.*
- e) *La oficiosidad del procedimiento, oficiosidad consecuente al interés público. Sea cual fuera la guía por la que el hecho de la quiebra llegaba a conocimiento del magistrado se actuaba de inmediato de acuerdo a las previsiones legales.*
- f) *El magistrado disponía de diversas medidas cautelares: se apartaba al fallido de la administración y la disposición de su patrimonio (desapoderamiento), un funcionario judicial examinaba los libros y demás elementos de la contabilidad, inventariaba sus bienes y mediante bandos se hacía público el estado de quiebra fallido.*
- g) *Los acreedores eran convocados por el juez para que soliciten la verificación de sus créditos, sino lo hacían en el término determinado perdían su derecho frente a los demás acreedores.*
- h) *El concordato era remisorio perdonaba una parte de la deuda.*
- i) *La quiebra se hacía extensiva al núcleo familiar del fallido.*
- j) *Los fallidos eran equiparados a ladrones y la primera pena como consecuencia de esa asimilación era el arresto que podía efectivizarlo los propios acreedores. En Francia se ordenaba la muerte o la pena del bando que consistía en la falta de protección legal por lo tanto podría ser agredido en su persona y bienes.*

Había una regulación comunal, cada ciudad, cada gremio había llegado a formar un ordenamiento jurídico parcial para sus miembros, sus actos y sus conflictos. Era un derecho de clases que con la revolución francesa, adversaria de las organizaciones gremiales y sus estatutos, quedaron eliminados por la *Ley CHAPPELLIER* de 1791.¹⁶

El Código de 1807 consagró el criterio objetivo de los actos de comercio, señalando que son aquellos que están definidos como tal en la ley y el comerciante es quien lo realiza independientemente de que sea parte de una agrupación.¹⁷

Nos señala el Doctor VARGAS¹⁸:

¹⁵ DURÁN PRIETO, María Cristina y Ana María REINALES RONDOÑO. *Insolvencia Transfronteriza*. Op. cit., pp. 27.

¹⁶ Cf. DURÁN PRIETO, María Cristina y Ana María REINALES RONDOÑO. “*Insolvencia Transfronteriza*” Op. cit., pp. 29.

¹⁷ *Ibíd.*

*“Los autores están de acuerdo en afirmar que el moderno derecho de quiebra tuvo su origen en la edad media, mientras tanto no existe el mismo acuerdo respecto a la nación europea donde empezó a gestarse la institución. Los tratadistas italianos afirman que fue en las repúblicas italianas, en donde nació la quiebra en su estructura moderna, tal más o menos, como se conoce hoy en día. Esta es la opinión generalmente aceptada. Sin embargo, hay buenas razones para estimar que tal afirmación no es exacta. En efecto, ya en el segundo tercio del siglo XIII encontramos en España una reglamentación precisa y clara de la quiebra. Según De Benito, el régimen general de la quiebra se encuentra desarrollado en las partidas con una visión tan perfecta, que de allí arrancan las instituciones fundamentales características de nuestro derecho y de muchos otros. El citado cuerpo de Leyes dicta el título XV de la Partida 5 a la quiebra. No se debe olvidar que por otro parte, en España, se publicó el primer tratado sobre la quiebra: *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorum vommunen inter illos causatam*, obra de Francisco Salgado de Somoza. Por lo que cabe afirmar que si no fue España la verdadera creadora del instituto en estudio por lo menos desarrolló su reglamentación paralelamente con la Italiana”.*

En consecuencia, al no haber un acuerdo de dónde esta institución tuvo sus orígenes, nos parece prudente desarrollar los escenarios donde posiblemente se gestó: Derecho italiano y Derecho español y posteriormente el Derecho francés, que con el Código de Napoleón tuvo gran influencia en Europa y América Latina.

1.3. El Derecho Estatutario Italiano

Hubo un retroceso en las actividades comerciales, generado por la destrucción del Imperio de Occidente a manos de los pueblos germánicos, que continuó en el siglo VIII dando como consecuencia la paralización comercial y la suspensión del desarrollo del Derecho Comercial. No obstante en el siglo IX este panorama cambió, observamos muchas ciudades italianas que tenían como actividad económica principal el comercio y se constituyeron en los centros mercantiles más importantes de América. Estas ciudades se preocuparon por los comerciantes que cesaban en sus pagos e implantaron severas reglas,

¹⁸ Cfr. VARGAS, M. Tratado de la Acción Pauliana Concursal. Citado por CASTRO COVELLI, Miguel. Op. cit, pp. 50.

que desarrollaron en sus Estatutos, para proteger a los acreedores. Fueron estas reglas de gran influencia para las demás ciudades, y de ahí su importancia.¹⁹ Es por ello que en el Derecho Estatutario observamos diversas medidas coactivas que iban incluso contra el mismo deudor. Por ejemplo, el Estatuto de Bolonia condenaba a muerte al deudor que huía, en lugar de cumplir con sus obligaciones.²⁰

Nos señala el Doctor CASTRO²¹:

“El factor más importante, decisivo y fundamental para que la quiebra se haya manifestado con más energía en Italia que en cualquier otra parte fue el dato económico. El auge y la preponderancia comercial que desde las cruzadas, llegaron a adquirir las ciudades del norte de Italia, que en circunstancias análogas no han llegado a tener paralelo en la historia, fue el ambiente propicio y necesario para la afectación de la quiebra, pues la efervescencia comercial llevó a un alto grado de desarrollo a la economía y al crédito, haciendo que la institución de la quiebra adquiriera relieves bien definidos y casi perfectos poniendo así de manifiesto las causas económicas y crediticias de la insolvencia, fundamento de la quiebra”.

En ese sentido, podemos entender el interés que se pone en proteger el crédito, pues éste constituye el núcleo del comercio, haciendo posible la circulación y fluidez de las operaciones comerciales.

La evolución de las actividades comerciales fueron creando nuevas necesidades para solucionar los problemas de incumplimiento de las obligaciones, lo que provocó en cada ciudad un derecho nuevo y distinto generado de las simples prácticas tradicionales, esto es, el Derecho Consuetudinario que adopta la forma positiva, conjuntamente con los aportes jurídicos como los Estatutos y las Ordenanzas comerciales. Ellos sientan las bases para un rápido desenvolvimiento del Derecho de los comerciantes. Con este desarrollo jurídico, las

¹⁹ Cf. CASTRO COVELLI, Miguel. *En: Evolución y principios doctrinales de la institución de la quiebra*. Op. cit, p, 49.

²⁰ “*Antecedentes del Concurso Mercantil*”. Consultado en 02.03.2011. <http://caterina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/lfis/acosta_o_v/capitulo1.pdf>

²¹ CASTRO COVELLI, Miguel. *En: Evolución y principios doctrinales de la institución de la quiebra*. Op. cit., p, 51.

soluciones comunes se generalizan y las individuales más avanzadas también.²² Así encontramos ciertos instrumentos comunes utilizados para hacer frente a la quiebra, tales como, la cesación de pagos, la acción pauliana, el acuerdo entre acreedores, la figura del síndico.

Nos dice el Doctor APODACA²³ que:

“En el Derecho Estatutario aparece el concepto de la cesación de pagos en promiscuidad con el concepto de fuga. Tanto la fuga, la ocultación, la falta de pago, la rotura, la confesión del deudor, la notoriedad, la publica voz, etc., constituían ya en el Derecho Estatutario Italiano auténticos hechos de quiebra manifestaciones del estado de insolvencia”.

Subraya FERNÁNDEZ²⁴ que:

“(…) En el Constituto de Siena de 1 262 aparece por primera vez la palabra cesante para designar al comerciante en estado de quiebra término que dio origen a la fórmula moderna de cesación de pagos”.

Conforme a lo señalado es en Italia en donde aparece por primera vez el término “cesación de pagos”, que posteriormente observaremos tendrá un papel muy importante en el sistema concursal, ya que es el presupuesto objetivo para la apertura del procedimiento.

Asimismo, durante este periodo la *Acción Pauliana* tuvo un mayor ámbito de aplicación que en el Derecho Romano, mediante su aplicación se podían revocar ciertos actos de disposición sobre sus bienes realizados por el deudor moroso que perjudicaban al acreedor, reintegrando el patrimonio de aquel a su esfera de dominio. Sin embargo, no se señalaba el periodo de tiempo dentro del cual los actos realizados por el deudor podían ser revocados, lo que generó conflictos y no hubo una solución rápida y efectiva.²⁵

También se desarrolla una especie de concordato preventivo, el antecedente más antiguo que se conoce de éste, en el cual se busca satisfacer las acreencias mediante un acuerdo

²² Cf. Ídem., p. 53.

²³ Ídem., p. 56.

²⁴ Ibíd.

²⁵ Cf. Ibíd.

entre los acreedores y el deudor antes de acudir a la acción pública. Además, la figura del síndico tomó más relevancia a causa de sus funciones: realizar la reintegración del patrimonio del deudor, y administrarlo hasta el momento de la repartición de bienes en montos proporcionales entre los acreedores, tomando la acción una tendencia colectiva.²⁶

Esta corriente privatista que existía en la Edad Media dentro del derecho Estatutario Italiano provocó que se apruebe en Francia (1667) el primer reglamento relativo a la quiebra “El Reglamento de Lyon”, donde la quiebra estaba considerada como un procedimiento de ejecución colectiva de una masa de bienes.^{27 28}

La necesidad de proteger las actividades comerciales de estas ciudades llevó a sus ciudadanos a desarrollar una normativa en principio severa con los deudores, pero luego dirigida a tomar las medidas necesarias para reparar el orden jurídico quebrantado y darle más seguridad a los acreedores.

1.4. Derecho español

En la edad media predomina la concepción jurídico-pública de la quiebra, observamos que el Estado interviene en la represión de la quiebra como hecho ilícito y se busca satisfacer a los acreedores.²⁹ El proceso de quiebra se lleva a cabo frente a una autoridad pública y el Estado toma posesión del patrimonio del deudor, incluso de los bienes que hayan salido de su patrimonio³⁰ y también se encargaba de la distribución de éstos a los acreedores.

La legislación vigente en este periodo eran las Siete Partidas de Alfonso el Sabio (1265) con la influencia del Sistema romano y del Sistema medieval. Regulaba la **CESSIO BONORUM** y las acciones revocatorias, pero a diferencia del sistema romano, se observa

²⁶ Cf. Ídem., p. 57.

²⁷ Cf. RAMÍREZ, José A. “La Quiebra”, Segunda Edición, Barcelona: Editorial Bosch, 1998, p. 102.

²⁸ El Reglamento regula el principio de la “*par conditio*”, es decir la igualdad de los acreedores, aunque con exclusión de los extranjeros; el periodo de sospecha; y, la restricción de su libertad personal. Ídem.

²⁹ Cf. GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Op. cit., pp. 379.

³⁰ Si el deudor realizaba actos de disposición de su patrimonio en desmedro de sus acreedores, se podía pedir la revocatoria de dichos actos, reintegrando los bienes al patrimonio del deudor.

una fuerte intervención judicial. Los deudores por sí mismos o mediante un representante debían dejar sus bienes en custodia al juez a solicitud de los acreedores y mediante sentencia judicial. El juez era quien se encargaba del reparto de los bienes pagando primero los créditos privilegiados y luego créditos ordinarios o temporales, si el acreedor no entregaba sus bienes al juez, entonces el acreedor podía pedir prisión para aquel. Esta sanción era impuesta por el mero incumplimiento de la obligación por lo que no había una distinción entre deudores comerciantes o no comerciantes³¹.

En este texto legal los principios del desapoderamiento, la enajenación y pago ante el juez, el concurso de acreedores, la prelación de los créditos, el convenio preventivo extrajudicial, la espera y la quita estaban presentes, en consecuencia, al ser este texto anterior a los Estatutos de las ciudades italianas, se ha dicho que no parece existir una legislación que mejor refleje la legislación de la quiebra anterior a las Siete Partidas, aunque en ésta no se haga referencia expresamente al término de la “*quiebra*”.³²

En 1299 en la Corte de Barcelona se emite la primera Ley que trata de forma expresa la disciplina de la quiebra, e impuso severas sanciones para el cambiador que quebrara o hubiese quebrado, como la detención hasta que pagara su deuda, no volver jamás a tener tabla de cambio, ni empleo alguno siendo visto como infame y fallido y se dictaron medidas preventivas contra los mercaderes fugitivos o ausentes.³³ Esta ley sí hacía una diferencia entre deudores comerciantes y no comerciantes, dando sanciones más severas a los primeros.

Posteriormente se desarrolló la obra más importante de su tiempo en este desarrollo del derecho de quiebra, como lo fue la obra “*LABYRINTHUS CREDITORUM CONCURRENTIUM AD LITCUM*” del jurista español FRANCISCO SALGADO DE SOMOZA publicada en 1651. Fue el estudio más completo sobre quiebras que se haya realizado hasta finales del siglo XIX. Se observa una contundente intervención del Estado en el proceso de quiebra, y se aleja de lo sostenido por los juristas italianos para quienes

³¹ Cf. GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Op. cit., pp.379 - 380.

³² Cf. NUGENT, Ricardo, *Derecho de Quiebra*, Op. cit., p, 7.

³³ Cf. *Ibíd.*

este proceso debía estar fiscalizado y dirigido por los propios acreedores, y la actuación del Estado ser sólo secundaria.³⁴ Sigue rigiendo la CESSIO BONORUM (cesión de bienes) con mayores formalidades y garantías, pero sin previa prisión para el deudor, ni confesión de sus deudas o condena por sentencia alguna y sin posibilidad de que la cesión de bienes se haga fuera de juicio.³⁵ Incorporó también el convenio preventivo, así el deudor entregaba sus bienes al juez sin confesar sus deudas para evitar la prisión, el juez era quien averiguaba las deudas, y se encargaba la liquidación y repartición de los bienes a los acreedores.³⁶

Esta obra tiene cuatro partes: en la primera parte desarrolla los problemas de la declaración del concurso, en la segunda parte se estudia las características esenciales del juicio del concurso y la situación de algunos acreedores, en la tercera parte se observa la enajenación de bienes y el síndico, y en la cuarta parte comprende cuestiones diversas sobre cesión de bienes, créditos del fisco, créditos hipotecarios y otros.³⁷ Cabe señalar que en su obra SALGADO no hizo distinción alguna entre los deudores que eran comerciantes y los que no lo eran, como hemos observado que se hizo en antiguas legislaciones.³⁸

Debido a los problemas que presentaba la legislación de la época, tales como, los largos procesos que generaban dudas e incertidumbre, la confusión que reinaba en las decisiones concluyentes, la ineficacia de los medios procedimentales y el evidente perjuicio al comercio se dio origen a las Ordenanzas de Bilbao (1737), en el cual el funcionamiento de la institución de la quiebra tiene como base la simple morosidad del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones crediticias.³⁹ Es la primera reglamentación completa de la quiebra, tanto en su aspecto procesal (regulación como juicio universal, toma de acuerdos por mayoría calificada), como en el aspecto material (retroacción patrimonial, acciones paulianas específicas, entre otros), exclusiva para los comerciantes.⁴⁰ Los quebrados eran divididos en tres clases: inocentes, aquellos que circunstancias ajenas a su

³⁴ Cf. Ídem, p, 8.

³⁵ Cf. GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*, Op. cit., pp. 380.

³⁶ Cf. CASTRO COVELLI, Miguel Ignacio. En: *Evolución y principios doctrinales de la institución de la quiebra*. Op. cit., pp. 67-70.

³⁷ Cf. Ídem. p. 68.

³⁸ Cf. GARRIGUES, Joaquín. Loc. cit.

³⁹ Cf. CASTRO COVELLI, Miguel Ignacio, En: *Evolución y principios doctrinales de la institución de la quiebra*. Op. cit., pp. 71 y72.

⁴⁰ Cf. GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Op. cit., p.381.

voluntad generaron que caigan en incumplimiento de obligaciones, aunque disponían de recursos para hacerlo; culpados por culpa leve, quienes están en estado de quiebra pero adquieren el compromiso de pagar en plazos; y culpa grave, deudores fraudulentos o delincuentes, reincidentes en fraude. Desarrolla también la igualdad de derechos y oportunidades para todos los acreedores, no obstante, reconoce algunos créditos privilegiados.⁴¹

A comienzos del siglo XIX, dada la influencia de Napoleón tuvo acogida en toda Europa la iniciativa de la codificación. Fue Don PEDRO SAINZ quien codificó las diversas leyes españolas en el Código de Comercio Español (1829) y mostró la necesidad para el país de una jurisprudencia comercial, fija, cierta, uniforme y general; puesto que existía un caos y desorden en la regulación comercial de aquella época.⁴² Confirma el procedimiento de la quiebra sólo para los comerciantes y se establece una separación entre el aspecto sustantivo y el aspecto procesal de la quiebra, aunque no se lleva a cabo de modo riguroso.⁴³

Nos dice ÁLVAREZ DEL MANZANO:⁴⁴

“Si el Derecho Procesal es un Derecho sancionador y de garantía de todos los demás derechos, y por consiguiente del Derecho Mercantil, publicado el Código de Comercio era necesario otro de procedimiento mercantil (...) se sancionó y promulgó la Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio como ley general para la península”.

España consiguió implantar una ley general y uniforme que fijó el Derecho del Comercio, no obstante los Tribunales de Comercio fracasaron y estos procesos se siguieron frente a la jurisdicción ordinaria para conocer los negocios de comercio y las quiebras.⁴⁵

1.5. Derecho francés

⁴¹ Cf. CASTRO COVELLI, Miguel Ignacio. Op. cit., pp. 73-77.

⁴² Ídem., pp. 78-79.

⁴³ Cf. GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. OP. Cit. pp. 381.

⁴⁴ ÁLVAREZ DEL MANZANO, citado por CASTRO COVELLI, Miguel Ignacio, Op. cit., p. 80.

⁴⁵ Cf. Ídem, p. 82.

En Francia durante el período de la Edad Media no encontramos una jurisdicción mercantil especial, de sus textos legales podemos mencionar los Estatutos de Marsella; así como las costumbres de Montpellier. En esta época se da una evolución mercantil que origina la unificación del derecho, desde finales de la Edad Media, eliminándose las regulaciones locales.⁴⁶

Durante el siglo XVII, se observa una clara tendencia estatal en el derecho mercantil, ya que se sigue la concepción mercantilista de COLBERT, quien durante el reinado de Luis XIV pasará a dirigir la economía del Estado, bajo el pensamiento de que el Estado debe generar normas que promueven, alientan, defienden y protegen el desarrollo comercial, se promulgó el CODE MARCHAND o CODE SAVORY (1673) donde se hizo una regulación expresa del régimen de quiebras; tales regulaciones originaron, en cuanto su esfera de vigencia la eliminación de la división de Francia, consagrada antiguamente en un territorio de Derecho germánico y otro de derecho romano.^{47 48}

Francia se coloca como el núcleo de la codificación normativa comercial, de alguna manera en un proceso inverso al italiano y a la esencia del derecho mercantil, es decir, en lugar de producirse la costumbre por los comerciantes, recopilarse tales usos en normativa, y consagrarse y permanecer en la medida que continúe su uso por la realidad comercial, en Francia se funde ello en forma conjunta desde la norma y la actividad mercantil desde el propio Estado en el cual se origina, regula y desarrolla. Esta nueva estructura legislativa influye en el derecho comercial latino posterior al siglo XVII.⁴⁹

En el año 1801 se redactó un proyecto de Código de Comercio, en un contexto de numerosas quiebras y especulaciones de crisis bancaria, por lo que el Emperador exigió la inmediata discusión sobre este proyecto, el que entró en vigor en el año 1808.⁵⁰ Este

⁴⁶ Cf. Ídem., 86-87.

⁴⁷ Cf. Ídem., pp. 87 y Cf. PAJARDI, Piero, *Derecho Concursal. Naturaleza, crisis, presupuestos y proceso*. Tomo I, Buenos Aires: Abaco de Rodolfo Depalma, 1986, p. 59.

⁴⁸ Cabe mencionar también que en 1667 Lyon dicta el primer Reglamento de Ejecución coactiva que fue inspirado en los estatutos italianos, en donde se afirma el principio de la par conditio y otras bases del derecho concursal. PAJARDI, Piero, *Derecho Concursal*. Op. cit., p. 60, citando a Provinciali, quien hace referencia a Brunetti.

⁴⁹ Cf. PAJARDI, Piero, *Derecho Concursal*, Op. cit., pp. 59- 60.

⁵⁰ Cf. CASTRO COVELLI, Miguel Ignacio. Op. cit., p. 88.

Código Francés tenía gran influencia de Napoleón, quien trasladó la rudeza militar a la ley para comerciantes. El legislador francés dictó normas respecto a la quiebra con un claro carácter sancionador y de persecución social, en consecuencia, siendo la quiebra penal y represiva causó temor en el comerciante en problemas quienes tuvieron recelo de acudir al tribunal, por ello quienes acudían lo hacían en última instancia. Esta severidad en las normas del Código puede tener explicación en la indignación que había causado al pueblo las bancarrotas fraudulentas que quedaban impunes.⁵¹

En el año 1838, se modifica el procedimiento de quiebra atenuando sus rigores. La quiebra virtual o de oficio, procedimiento mediante la cual el juez de cualquier jurisdicción estaba obligado a iniciar el procedimiento de quiebra si tenía conocimiento del estado de cesación de pagos de algún comerciante, continúa hasta 1941, este concepto de quiebra virtual se eliminó recién con la reforma de 1955.⁵²

En las primeras décadas del siglo XX el comerciante empezaba a acudir al tribunal en busca de una solución concertada con sus acreedores; y el tribunal aceptaba el compromiso del deudor pese a sus dificultades, ello constituía un cambio respecto al siglo pasado, en el que observamos el temor del comerciante a presentarse ante un tribunal. Luego se dieron las reformas de 1955 y 1967 no previeron un mecanismo diferente a la cesación de pagos para activar el procedimiento de quiebra, pero debemos rescatar de éstas el procedimiento extraordinario de ejecución reservada para las grandes empresas, la separación de la empresa del empresario (si el proyecto de salida era viable sin él).⁵³

2. CONCEPTOS FUNDAMENTALES A ANALIZAR EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE QUIEBRAS HACIA EL DERECHO CONCURSAL CONTEMPORÁNEO.

2.1. El deudor: deudor civil y deudor comerciante.

⁵¹ Cf. PAJARDI, Piero. Op. cit., p. 60.

⁵² Cf. Ídem., pp. 60- 61.

⁵³ Cf. Ibíd.

“Deudor es el que debe o está obligado a satisfacer una deuda”⁵⁴

Respecto al deudor civil y al deudor comerciante nos señala el profesor FERRERO⁵⁵ que: “esta diferencia fue muy importante para el derecho de quiebras del siglo XIX, que siguiendo la tradición de las Ordenanzas de Bilbao, regulaba la quiebra como una institución propia y exclusiva de los comerciantes.” Ejemplo de ello tenemos el sistema francés, Italia, Bélgica, Grecia, Polonia, Rumania, Portugal, Egipto y las legislaciones inspiradas en las leyes francesas. Otras legislaciones aplicaban la quiebra al deudor comerciante y no comerciante pero con sistemas procesales diferentes. Algunas legislaciones no hacían distinción alguna, declaraban en quiebra tanto al comerciante, como al deudor civil y los sometían al mismo procedimiento, esto es, el sistema seguido por Alemania, Austria, los países que integran el commonwealth británico, Checoslovaquia, China, Japón, Suecia, Turquía, Yugoslavia, Estados Unidos, Chile y Perú^{56, 57}

Las Legislaciones que hacían esta diferencia entre deudor civil o deudor comerciante utilizaron uno de los siguientes sistemas para determinar la calidad de comerciante del mismo: el *sistema subjetivo*, predominó en la Edad Media, sólo se consideró como comerciantes aquellos que se encontraban inscritos como tales en los registros públicos de comercio; *el sistema objetivo*, seguido por Napoleón, no era necesaria la inscripción en dicho registro, se consideraban comerciantes a quienes se dedicaban al ejercicio ordinario y profesional de los actos de comercio; y, finalmente, *el sistema mixto* que acumulaba a ambos, la inscripción en registros más el ejercicio profesional.⁵⁸

La importancia de establecer esta diferencia entre el deudor civil y deudor comerciante para algunas legislaciones tiene su fundamento en que consideraban que las quiebras mercantiles

⁵⁴ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Op. cit. pp. 809.

⁵⁵ FERRERO DIEZ CANSECO, Alfredo, “*Del Derecho de Quiebra al Derecho Concursal Moderno y la Ley de Reestructuración patrimonial*”, Op. cit., p, 388.

⁵⁶ Cabe señalar que hasta 1932, Perú declaró la quiebra para los comerciantes y no comerciantes, pero sometiéndolos a procedimientos distintos. A partir de la Ley N° 7566 (1932), Perú empieza a aplicar el mismo procedimiento para ambos. NUGENT, Ricardo, Op. cit., p, 30.

⁵⁷ Cf. NUGENT, Ricardo. Loc. cit.

⁵⁸ Cf. TORO PÉREZ, Carlos. “*Quiebras Legislación Comparada*”. Tesis de Grado para optar por el Título de Doctor en Ciencias Jurídicas. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. 1970. pp. 21 y 22.

tenían mayor trascendencia. Para declarar en quiebra al deudor comercial bastaba el sobreseimiento en el pago de sus obligaciones, lo que era visto como el indicio de insolvencia, en cambio para el concurso, el que se seguía al deudor civil, se exigía la comprobación de insuficiencia patrimonial. Sin embargo, en la actualidad se reconoce la conveniencia de unificar el procedimiento de quiebra y de concurso de acreedores, eliminando la distinción entre deudor comerciante y deudor civil⁵⁹

Actualmente se observa que estas diferencias han desaparecido, las sanciones para el deudor comerciante ya no son tan severas como en el pasado y, en consecuencia, carece de sentido esta separación en clases de procedimientos, por ello hoy la mayoría de legislaciones sigue un mismo tipo de procedimiento para ambos casos, sea el deudor comerciante o no.

2.2. La quiebra, la insolvencia y el concurso.-

Encontramos diversas definiciones de la *quiebra*, en las cuales se aprecian algunas coincidencias. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española la define como: “*Juicio por el que se incapacita patrimonialmente a alguien por su insolvencia y se procede a ejecutar todos sus bienes a favor de la totalidad de sus acreedores*”⁶⁰ El Diccionario Jurídico Espasa señala: “*institución jurídica de carácter esencialmente procesal, dirigida a la liquidación del patrimonio del quebrado y a su reparto entre los acreedores, unitariamente organizada bajo el principio de comunidad de pérdidas (par conditium creditorum)*”.⁶¹ Para el Doctor CASTRO COVELLI la quiebra es un hecho económico que una vez reconocida y declarada por el juez pasa a ser un hecho jurídico, para este pronunciamiento es necesario que haya un cese en el pago de las obligaciones que ha contraído el deudor lo que conocemos como “cesación de pagos”.⁶² Por otro lado, el

⁵⁹ Cf. FERRERO DIEZ CANSECO, Alfredo. “*Del Derecho de Quiebra al Derecho Concursal Moderno y la Ley de Reestructuración patrimonial*”, Op. cit., p, 388.

⁶⁰ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Tomo I. Vigésima Segunda Edición. Madrid: Espasa Calpe. 2001. Consultada el 01.07.2011. <<http://buscon.rae.es/draeI/>>

⁶¹ FUNDACIÓN TOMÁS MORO. Diccionario Espasa Jurídico. Madrid: Editorial Espasa Calpe S.A., 2001, p, 1209.

⁶² Cf. CASTRO COVELLI, Miguel Ignacio. Op cit., p, 129.

Doctor JOAQUIN GARRIGUES⁶³ señala que la quiebra puede ser vista como un procedimiento de ejecución forzosa de un patrimonio insuficiente que se liquida por la colectividad de acreedores para el pago de los créditos, bajo el principio de comunidad de pérdidas. Finalmente, el Doctor LUIS MÉJAN denota tres conceptos reiterativos en las diversas definiciones de quiebra tales como: “*un proceso judicial, la liquidación de un patrimonio y el que se actúe a favor de los acreedores*”.⁶⁴

A nuestro parecer es muy acertado el énfasis que el Doctor LUIS MEJÁN hace al respecto de los conceptos reiterativos de la quiebra, tales como, *proceso judicial*, ya que necesita ser declarada por un juez; la *liquidación de un patrimonio*, puesto que la quiebra se centraba en un procedimiento liquidatorio dirigido al reparto del patrimonio del deudor; y, a *favor de los acreedores*, porque la finalidad del proceso era el pago a los acreedores bajo el principio de comunidad de pérdidas (*par conditium creditorum*). En consecuencia, podemos definir a la quiebra como el procedimiento judicial encaminado a la liquidación del patrimonio del deudor, bajo el principio de comunidad de pérdidas.

Respecto a la *insolvencia* debemos diferenciarla de la quiebra. La insolvencia ha sido definida como *el estado propio del patrimonio de una persona en que su activo es inferior a su pasivo*,⁶⁵ en la que no hay necesidad de declaración judicial porque es un estado de hecho que puede dar paso a un estado jurídico.⁶⁶ Aun cuando una empresa se halle en el supuesto de que los activos son menores a los pasivos podría tener una serie de flujos de efectivo que le permitan ir atendiendo sus obligaciones sin dejar de cumplirlas⁶⁷ y así no incurrir en cesación de pagos, lo que daría paso al concurso.

⁶³ Cf. GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Op. cit., p. 375.

⁶⁴ MÉJAN, Luis Manuel. “*Las Bases de un Derecho Concursal*”. Estudios del Instituto Federal de Especialistas en concursos Mercantiles. N° 17, 2002. Consultada: 01.07.2011. <www.ifecom.cjf.gob.mx/PDF%5Cestudio%5C17.pdf>.

⁶⁵ Cf. CEPEDA, Abel. “*Antecedentes históricos en materia de quiebra y la aplicación de la presunción legal en la misma*”. Tesis para optar por el título de Doctor en Ciencias Económicas y Jurídicas. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas. 1952. pp. 24.

⁶⁶ Cf. CASTRO COVELLI, Miguel Ignacio. Op. cit. pp. 133

⁶⁷ Cf. MÉJAN, Luis Manuel. “*Las Bases de un Derecho Concursal*”. Estudios del Instituto Federal de Especialistas en concursos Mercantiles. N° 17, 2002. pp. 3. Consultada: 01.07.2011. <www.ifecom.cjf.gob.mx/PDF%5Cestudio%5C17.pdf>.

Para el profesor FLETCHER⁶⁸ desde el punto de vista del mundo concursal, la *insolvencia*, ha sufrido un afortunado cambio, no se le ve como una mera comparación patrimonial de activos versus pasivos, en el que los pasivos eran mayores a los activos, ahora es vista también como un estado temporal o transitorio de incapacidad de pago, pues vista de otro modo sería obligar a los acreedores a esperar la insolvencia absoluta para poner en marcha los mecanismos del concurso.

Por otro lado, el Doctor SOTOMONTE⁶⁹ define la insolvencia como *“una situación patrimonial de hecho que imposibilita al deudor para cumplir con sus obligaciones, bien sea transitoria o permanentemente, pudiendo conducirlo a cesar en sus pagos (situación que activaría los mecanismos concursales de conservación o liquidación del patrimonio según el caso) o a temer llegar a hacerlo (situación que permitiría a un deudor solicitar la iniciación de un concurso).”*

Por su parte el profesor FERRERO⁷⁰ dice: *“la insolvencia presupone una situación o estado patrimonial en el que el deudor no puede satisfacer a sus acreedores en el momento en que ellos pueden exigirle el cumplimiento de sus obligaciones.”* Y distingue entre la insolvencia provisional o transitoria, cuando el deudor no puede pagar debido a una situación de iliquidez a pesar de que el valor de sus bienes superan al de sus deudas; y la insolvencia definitiva, que se presenta cuando el valor total de sus bienes es inferior al importe de sus deudas.

También el Doctor GARRIGUES⁷¹ desarrolla un concepto de insolvencia vista ésta como: *“la situación propia del patrimonio impotente para responder de todas las deudas que lo gravan”*. Y resalta que la insolvencia que da lugar a la quiebra es una insolvencia permanente o definitiva, una incapacidad transitoria de pagar sus deudas no es suficiente para declarar ésta, ya que los comerciantes suelen tener estas crisis pero las resuelven acudiendo al crédito o a través de otros medios.

⁶⁸ Cf. Citado por SOTOMONTE MUJICA, David Ricardo, *“Insolvencia transfronteriza: evolución y estado de la materia”*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 23.

⁶⁹ Ídem. p. 24.

⁷⁰ Cf. FERRERO DIEZ CANSECO, Alfredo. En: *“Del Derecho de Quiebra al Derecho Concursal Moderno y la Ley de Reestructuración patrimonial”*, Op. cit., pp. 389 y 390.

⁷¹ GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Op. cit. p. 389.

En el Black's Law Dictionary se señala a la insolvencia como la *“condición de la persona que es insolvente; incapacidad de pagar sus deudas, falta de medios para pagarlas. Condición de la persona que es incapaz de pagar sus deudas conforme se van venciendo o en el curso usual de sus negocios”*.⁷²

De lo expuesto observamos que la insolvencia es una situación del patrimonio que no le permite al deudor cumplir con sus obligaciones en los plazos en éstas pueden ser requeridas por sus acreedores. Esta imposibilidad puede ser permanente o transitoria, dependiendo del estado en que se encuentre el patrimonio del deudor. Se encuentran dos posiciones antagónicas respecto a cuando un deudor es insolvente y puede iniciarse el procedimiento de insolvencia, para el profesor FLETCHER lo correcto es haber ampliado el concepto de insolvencia para contemplar como tal, también el supuesto en que el deudor no cuenta con liquidez para hacer frente a sus obligaciones y así, dar la posibilidad al acreedor que ante una cesación de pagos éste pueda recurrir a los mecanismos del procedimiento concursal y no esperar a una insolvencia definitiva; no obstante, para el Doctor GARRIGUES sólo debe darse el supuesto de “quiebra” en el caso de una insolvencia definitiva, ya que en el caso de una insolvencia temporal, en realidad el deudor puede ser solvente (pero no tiene liquidez).

Nosotros creemos que existiendo en el concurso la posibilidad de los procedimientos preventivos y que aun en los procedimientos ordinarios existe la posibilidad de que los acreedores acuerden una reestructuración de la empresa, no hay problema en que éstos puedan recurrir a un procedimiento concursal desde que la empresa empieza a mostrar una crisis, sea esta temporal o definitiva. Puesto que si sólo se acude al procedimiento concursal cuando la empresa se encuentra en una situación de insolvencia definitiva, es posible que no haya más remedio que optar por una liquidación.

⁷² Cfr. MÉJAN, Luis Manuel. *“Las Bases de un Derecho Concursal”*. Op.cit. pp. 3.

El concurso, para la Real Academia de la Lengua Española⁷³ significa: *concurrentia y como término de derecho “concurso de acreedores” significa juicio universal para aplicar los haberes de un deudor no comerciante al pago de sus acreedores*. Este concepto es muy parecido al que manejamos por la quiebra, salvo porque aquí el procedimiento es seguido a todo deudor no comerciante que haya incumplido en sus pagos, ya que en el ordenamiento español se hace la diferencia entre los deudores comerciantes y los no comerciantes.

Asimismo cabe señalar que algunas legislaciones han optado por utilizar el término concurso antes que quiebra y llamar al estudio de esta materia “Derecho Concursal”, “Derecho de las empresas en crisis”, “Derecho de la insolvencia”, etc., para librarse de la noción negativa que se entendía por quiebra (vista como el castigo a los deudores).

Por otro lado, el Doctor TONÓN nos dice que un concurso es “*donde todos los acreedores están llamados a concurrir para ser llamados en pie de igualdad a prorrata de sus respectivos créditos, salvo las preferencias de ley*”,⁷⁴ concepto que nos parece más adecuado a utilizar para los sistemas concursales en la actualidad.

2.3. La cesación de pagos y la crisis.-

La *cesación de pagos* tiene una importancia clave para declarar el estado de quiebra o concurso de un deudor. Así tenemos que se entiende por cesación de pagos al pago no efectivo de sus obligaciones. Puede tratarse de un insolvente, que no tiene recursos para pagar, o sólo de un problema de liquidez por un déficit en caja y no contar con el dinero al momento en que debe hacerse efectivo el pago.⁷⁵

⁷³ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Tomo I. Vigésima Segunda Edición. Madrid: Espasa Calpe. 2001. Consultada el 01.07.2011. <http://buscon.rae.es/draeI/>.

⁷⁴ TONÓN, Antonio, “*Derecho Concursal*”, Vol I, Buenos Aires: Ediciones Del Palma. 1988, p, 09.

⁷⁵ Cf. PUELMA ACCORSI, Álvaro. “*Curso de Quiebras*”, Segunda Edición, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.1971, p, 13.

El Doctor GARRIGUES⁷⁶ nos comenta que el sistema francés -el que ha inspirado las legislaciones latinas- ante lo difícil que resulta comprobar el estado real de insolvencia del deudor opta por tomar a la *cesación de pagos* como la manifestación exterior de insolvencia. Por otro lado, la Ley concursal alemana considera a la insolvencia como causa de la quiebra y la *cesación de pago* como su efecto principal, la *cesación de pagos* es el modo más característico de manifestarse la insolvencia pero no el único, en este sistema no se abre el concurso si esa *cesación de pagos* no está fundada en una insolvencia verdadera.⁷⁷

En tal sentido podemos concluir que la *cesación de pagos* era el presupuesto de la quiebra, que una vez que ésta se haya manifestado, el deudor podría ser sometido al procedimiento de quiebra, hoy la *cesación de pagos* continúa siendo un presupuesto del concurso, no obstante, está siendo desplazada por el concepto de “*crisis*”.

La crisis, nos dice el profesor DASSO que: *“es una manifestación de tipo patológico que puede desarrollarse en distintos estadios. En el origen de la crisis son fenómenos de desequilibrio y de ineficiencia, que pueden ser de origen interno y externo, (1º estadio). Si tales condiciones perduran, se tiene como consecuencia la producción de pérdida de diversa gravedad” (2º estadio). Con la repetición o crecimiento intensivo de las pérdidas la crisis entra en el 3º estadio, característico de la insolvencia, esto es la incapacidad manifiesta de afrontar los emprendimientos asumidos; más allá se abre el estadio final de la cesación de pagos, entendida como incapacidad permanente del activo y afrontar el pasivo”*.⁷⁸

Asimismo se dice que el estado de crisis de una empresa: *“es una situación sostenida de inestabilidad patrimonial que amenaza con la no satisfacción de los acreedores de la*

⁷⁶ Cfr. GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, Op. cit., p. 387.

⁷⁷ Se debe tomar en cuenta que el doctor GARRIDES está tomando el concepto de insolvencia permanente y definitiva.

⁷⁸ DASSO, Ariel. En: “Un “nuevo” Derecho Concursal en el Derecho Comparado, en ocasión de la reforma al régimen italiano (2005/2006)”, Consultada: 16 de Mayo de 2011. <<http://www.derecho-comparado.org/Colaboraciones/DassoArielUnNuevoDerechoConcursal.html>>.

*empresa (insolvencia), o con lesionar intereses públicos y sociales por desaparición de la actividad emprendida”.*⁷⁹

2.4. Hacia el Derecho Concursal contemporáneo: la crisis del Derecho de Quiebras.

El Derecho concursal contemporáneo ha pasado por diversas etapas para llegar a su evolución actual. Nos dice el Doctor CHULIÁ VICENT⁸⁰ que se distinguen tres etapas: a) A fines del siglo XIX y principios del XX, la quiebra tenía como finalidad la liquidación colectiva de los bienes del deudor y el convenio entre acreedor y deudor era un beneficio con el que contaba el deudor en situaciones muy concretas que dependían de su conducta; b) entre la Primera Guerra Mundial y la crisis industrial, el legislador buscó facilitar el convenio entre deudor y acreedor bajo la idea del principio de *conservación de la empresa*; c) la tercera etapa se inicia después de la Segunda Guerra Mundial, hay un *interés público* en la *conservación de la empresa* y se impone la decisión del juez a los particulares para aprobar un convenio serio, surge la necesidad de llamar al Estado para que participe en el proceso concursal. Además de estas etapas, el profesor FERRERO⁸¹ identifica una cuarta etapa en esta evolución del derecho concursal, nos señala que el concepto de quiebra está en crisis y que se identifica al derecho concursal contemporáneo como el derecho de las empresas en dificultades.

En este tránsito del Derecho de quiebras al Derecho concursal contemporáneo vemos que el primero ha tenido diversas finalidades que fueron cambiando con el paso del tiempo y el contexto social económico en el que se desarrolló, podemos identificar que en su primera etapa la finalidad era *la sanción del quebrado*, luego con la evolución del comercio y la

⁷⁹ ROMÁN RODRÍGUEZ, Juan Carlos, citado por ELLENBERG OYARCE, Carlos Guillermo. “La nueva orientación del Derecho Concursal Chileno luego de la dictación de las leyes 20.004 y 20.073: ¿Un incentivo al abandono de la quiebra como solución concursal?” Memoria de prueba para optar por el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Valdivia: Universidad Austral de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Consulta: 30.09.2011. <<http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2006/fje.45n/doc/fje.45n.pdf>>.

⁸⁰ Cf. VICENT CHULIÁ, Francisco, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, Tomo II, Segunda edición, Madrid: Librería Bosch, 1986, p. 398.

⁸¹ Cfr. FERRERO DIEZ CANSECO, Alfredo. En: “*Del Derecho de Quiebra al Derecho Concursal Moderno y la Ley de Reestructuración patrimonial*”... Op. cit., pp. 393.

importancia del crédito para estas operaciones comerciales se cambió a *la protección del crédito* como su principal finalidad y, más tarde, se le dio mayor importancia a la elaboración de un *procedimiento de ejecución de los bienes* del deudor para pagar a los acreedores.⁸²

Asimismo el Doctor PROVINCIAL⁸³ en su obra *“Tratado de derecho de quiebras”* destaca también estas finalidades, citando al Doctor GONZALES HUEBRA, menciona que antes el procedimiento de quiebra tenía el propósito del pago a los acreedores, y que ahora según el Doctor GARCÍA VALDECASAS la liquidación de la empresa insolvente puede ocurrir o no, lo importante es poner fin a la situación de insolvencia que pone en riesgo el crédito y perturba gravemente la economía. Además nos señala que el Código de Comercio español 1885 en su exposición de motivos proclama: *“la legislación de quiebras tiene como principal objeto impedir que los comerciantes abusen del crédito, que es el alma del comercio, y que comprometan irreflexivamente los capitales ajenos”*. Se pasa de la protección de los acreedores a la protección del crédito.

Hay que señalar también que el Doctor GARRIGUES⁸⁴, como lo hemos observado líneas arriba, vincula el Derecho de quiebras con un procedimiento liquidatorio cuya finalidad es repartir los bienes del deudor entre sus acreedores; y cuestiona si hay algún sentido de continuar con la separación entre el proceso de quiebra y el concurso de acreedores, teniendo en cuenta que las razones para poner en marcha ambos procesos son las mismas más allá de la naturaleza del deudor; y que la severidad con que se trataba al deudor en el procedimiento de quiebra fue flexibilizándose con las nuevas normas que descartaron sanciones personales para el comerciante. Hoy en día se ha unificado ambos procedimientos en la mayoría de legislaciones y hay un solo procedimiento concursal que no hace distinciones entre el deudor comercial y el deudor civil.

⁸² Cf. FERRERO DIEZ CANSECO, Alfredo. En: “Del Derecho de Quiebra al Derecho Concursal Moderno y la Ley de Reestructuración patrimonial”... Op. cit., pp.395.

⁸³ PROVINCIALI, Renzo. *“Tratado de Derecho de Quiebra”*, Vol. I, Tercera Edición, Barcelona: Editorial AHR, 1958, p. 70-71.

⁸⁴ Cf. GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. OP. cit., p. 375.

¿Qué es lo que llevó al fracaso el derecho de quiebras? ¿Qué hizo cambiar el sistema liquidativo que en éste operaba y los objetivos que perseguía?

Para el profesor FERRERO⁸⁵ el derecho de quiebras presentó algunas deficiencias que lo llevaron a su fracaso. Algunos acreedores viendo que las posibilidades de pago eran casi nulas sin una garantía, pretendieron sustraerse del principio de igualdad, creando mecanismos que le permitan cobrar sus créditos primeros como las garantías reales y las acciones directas contra los deudores de su deudor, es así que el derecho de quiebra empieza a ser un procedimiento destinado a establecer el orden de los acreedores privilegiados, de los titulares de garantías reales y prever la concurrencia de acreedores en la masa patrimonial, dando mayor relevancia a los intereses de los acreedores y obviando los otros intereses en juego, como el de los trabajadores, los proveedores, los clientes, las colectividades locales y el Estado, olvidando que cuando más importante es la empresa, más son los intereses que la crisis de ésta pone en peligro. Asimismo, refiere que otra deficiencia que se encuentra en las legislaciones del derecho de quiebra fue la ausencia de un sistema preventivo que ayude a detectar la crisis antes de que esta se manifieste en las empresas. Era difícil encontrar un sistema adecuado de prevención que no termine en una intervención injustificada de la empresa; declarada en quiebra una empresa las posibilidades de reestructurarla eran mínimas y la liquidación no alcanzaba ni para el pago a los acreedores privilegiados, esto sumado a los largos procedimientos hacía necesario replantear las finalidades y objetivos del derecho de quiebras.

El autor propone que la protección de los acreedores y de los créditos no debe descartar otros intereses, indica que algunos autores postulan a la idea de movernos de un derecho de quiebras a un derecho de las empresas en dificultades porque si la empresa no está en crisis ninguno de los otros intereses está en peligro.

⁸⁵ Cf. FERRERO DIEZ CANSECO, Alfredo. En: *“Del Derecho de Quiebra al Derecho Concursal Moderno y la Ley de Reestructuración patrimonial”* ... Op. cit., pp, 395-396.

Al respecto, señala el profesor DASSO⁸⁶ que el fracaso del derecho de quiebras viene dado porque este plantea un sistema liquidativo de empresas, en este sentido dice: *“la ley de quiebras sólo podría repartir escasez, y digo podría porque este nuevo mundo concursal, pretende que la ley de quiebras ya no debería llamarse así, (...) deberá tener en más una textura tal que, (...) posibilitará soluciones que sean paliativos efectivos y hasta particularmente, preventivos”*. Además afirma que el sistema liquidativo de la quiebra ha fracasado en todo el mundo, ya que no ha logrado su finalidad y sólo ha causado descontento y frustración para los acreedores, quienes en el mejor de los casos llegan a cobrar una mínima parte de su crédito. Frente a este fracaso del sistema liquidativo de la quiebra nacen los sistemas conservatorios y exclusivamente preventivos que se ha optado por seguir en la actualidad.

Nos parece importante recalcar que la importancia que se da a uno u otro de los sistemas mencionados por el profesor DASSO van de la mano con el contexto económico social. Podemos apreciar el caso de la norma concursal española 22/2003 que se da en un momento de crecimiento económico, no obstante, luego tiene que hacer frente a un contexto de crisis cuya duración y repercusión no se podía prever. En consecuencia, el legislador se vio obligado a promulgar el Real Decreto Ley 3/2009⁸⁷ para implantar algunas modificaciones a la norma y afrontar el nuevo contexto económico de la crisis⁸⁸. Al no conseguir los resultados esperados, actualmente se habla de una reforma total de la norma dada en el 2003.

⁸⁶ Cf. DASSO, Ariel. En: “El Derecho Concursal hoy”. Publicado en La Ley 2009-B, 921. Consultado: 01.06.2011.

<http://www.comisionlazzatti.com.ar/docyjur/doctrina/dcyq/cesacion_de_pagos/Ariel_Dasso.rtf>

⁸⁷ En el preámbulo del Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica señalan: “Las modificaciones contenidas en el presente Decreto-ley pretenden facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras que no hagan ineludible una situación de insolvencia, además de, agilizar los trámites procesales, reducir los costes de la tramitación, y mejorar la posición jurídica de los trabajadores de empresas concursadas que se vean afectados por procedimientos colectivos”. Consultado el: 04.06.2011. <<http://www.boe.es/boe/dias/2009/03/31/pdfs/BOE-A-2009-5311.pdf>>

⁸⁸ “Esta modificación eliminó casi todas las prohibiciones a la propuesta anticipada de convenio para permitir que se negocie antes de la solicitud de concurso, esta opción es aún poco utilizada por las empresas”. Arantxa Corella. En: “La ley Concursal busca eliminar su estigma social”. CincoDías, 13. 01. 2010. Consultado: 12.06.2011. <http://www.cincodias.com/articulo/empresas/ley-concursal-busca-eliminar-estigma-social/20100113cdscdiemp_21/>

El Doctor FAURA LLUÍS⁸⁹ comenta sobre ello que la norma concursal española del 2003 tenía dos objetivos fundamentales cuando se promulgó: *la viabilidad y continuidad de las empresas y lograr el máximo resarcimiento de las deudas de los acreedores*; sin embargo los últimos estudios realizados dieron resultados desfavorables que mostraban que estas metas estaban lejos de cumplirse. El 90% de las empresas que entran a concurso acaban en liquidación y la liquidez que se obtiene en el proceso concursal sólo alcanza para pagar las deudas contra la masa. Ante estos resultados cabe la interrogante de si este fracaso de la norma concursal española se debe a que el panorama económico en que se dio la norma era uno completamente distinto al actual; o se debe decir que este fracaso es consecuencia de que la sociedad española no ha superado la estigmatización a la empresa en concurso. El autor considera que es muy difícil que una norma concursal supere esta etapa de crisis que le ha tocado vivir, ello sumado al rechazo de la sociedad española hace que la empresa evite presentarse a un proceso concursal y cuando lo hace es porque es su último recurso y no hay más salida que la liquidación.

De lo observado podemos concluir que el derecho de quiebra pese a las diversas finalidades que ha perseguido desde su creación, éstas han estado relacionadas entre sí. La finalidad de dar normas rígidas para castigar al comerciante y lograr que sean más cuidadosos con sus negocios buscaba no afectar las actividades comerciales que empezaban a prosperar y eran posible gracias al crédito; luego señalar la protección del crédito como la finalidad misma del derecho de quiebras; y, posteriormente, tener como fin la protección a los acreedores, se relaciona también con la protección al crédito porque si estos tienen mejores garantías para recuperar su dinero entonces hay más facilidad para obtener un crédito.

El Derecho de quiebra ha utilizado un sistema liquidativo para conseguir estas finalidades, que ha consistido en un procedimiento de ejecución forzosa del patrimonio del deudor. Sin embargo, no ha tenido éxito y, por el contrario, ha causado mayor insatisfacción y preocupación para los acreedores, que no han logrado recuperar sus créditos.

⁸⁹ Cfr. FAURA LLUIS, Enric. En: *“La ley Concursal una visión contextualizada de la crisis”*. Consultado: 04.06.2011. <<http://www.togas.biz/articulos/Derecho-Mercantil/Concursal/La-ley-Concursal--una-vision-contextualizada-de-la-crisis.html>>

Como bien lo ha señalado el profesor DASSO: “*sólo podría repartir escasez*”, y el Doctor GARRIDES⁹⁰: “*el Derecho de quiebra tiene como principio el de comunidad de pérdidas entre los acreedores*”.

Al haber fracasado este sistema liquidativo se ha buscado nuevos sistemas y nuevos objetivos, es así que muchas legislaciones han optado por un sistema preventivo que se anticipe al estado de *cesación de pagos* y pueda evitar la *crisis* de la empresa y/o el sistema conservativo que apuesta por la reestructuración de la empresa cuando aún es viable, esto no quiere decir que no se recurra a la liquidación si es necesario o inevitable, pero no es la finalidad en las actuales legislaciones, este sistema se ha convertido en la excepción y ya no es más la regla; se ha pasado de tener como finalidad proteger el interés de los acreedores a proteger a la empresa pero sin descuidar el interés del acreedor.

Sin embargo, tampoco podemos afirmar que el sistema conservativo o el sistema preventivo funcionan eficientemente. El sistema conservativo se encuentra con problemas para su aplicación que debe superar si se quiere que este tenga éxito, como lo ha dicho el Doctor FAURA LLUIS, aquí decidir el momento en el cual se debe acudir al procedimiento concursal es clave, como vimos en el caso de la norma concursal española la sociedad estigmatiza a la empresa en concurso, la empresa sólo recurre al concurso cuando está lista para una liquidación⁹¹ y por ello se hace imposible lograr las finalidades de la norma española: viabilidad y conservación de la empresa. Respecto al sistema preventivo, como bien lo han señalado los autores existe el problema de determinar cuando una empresa necesita entrar a este sistema preventivo y evitar así que el Estado intervenga una empresa que no lo necesita. Debemos encontrar de acuerdo a cada realidad a qué sistema se le debe dar mayor importancia y desarrollar incentivos en nuestro marco normativo que impulsen a los particulares a optar por dicha vía cuando ésta resulte más ventajosa.

3. EL DERECHO CONCURSAL CONTEMPORÁNEO.-

3.1. Objetivo: la conservación de la empresa.

⁹⁰ GARRIGUES, Joaquín. “*Curso de Derecho Mercantil*”, Op. Cit. pp, 374.

⁹¹ *Ibíd.*

Hemos observado que el modelo del derecho de quiebras ha fracasado, el sistema liquidativo que adoptaba no supo satisfacer los intereses de los acreedores y les ocasionó pérdidas cada vez mayores. Todo ello ha dado paso a adoptar nuevos sistemas, tales como, el sistema preventivo y el sistema conservativo para satisfacer un objetivo diferente: la conservación de la empresa viable.

En la actualidad la empresa como motor de la economía desde el siglo XX ha pasado a ser el nuevo protagonista en el derecho concursal contemporáneo, según lo indica el profesor DASSO⁹², lo que ha gestado un cambio en el objeto del Derecho concursal de hoy que busca evitar la quiebra de la empresa. Se pretende detectar la crisis en su inicio cuando existen problemas de gestión, es decir, antes de que se presente el estado de cesación de pagos.

La realidad económica nos hace ver que la empresa es la protagonista en el mundo mercantil, pues constituye fuente de riqueza para el Estado por el factor de la imposición tributaria que le permite a éste cumplir con sus políticas sociales y, fundamentalmente, para la sociedad porque genera empleos, por ello cuando los problemas de la economía o defecto propios de ella la amenazan, reclama del Estado y de la comunidad la protección legal.⁹³ Del mismo modo recalca el profesor FERRERO⁹⁴ la importancia de la empresa señalando que la conservación de la empresa ayudará a mantener la armonía en el contexto económico, pues manteniendo a la empresa en marcha se logrará que los acreedores cobren sus créditos, los trabajadores mantengan su empleo, los accionistas conservarán su inversión, el Estado seguirá beneficiándose con los impuestos, los proveedores continuarán teniendo clientes y los consumidores tendrán de mayor variedad de productos en el mercado para elegir el que más se adecúe a sus necesidades.

⁹² Cf. DASSO, Ariel. En: *“Un “nuevo” Derecho Concursal en el Derecho Comparado, en ocasión de la reforma al régimen italiano (2005/2006)”*. Op. cit. p. 6.

⁹³ Cf. Ídem., p. 3.

⁹⁴ Cf. FERRERO DIEZ CANSECO, Alfredo. En: *“Del Derecho de Quiebra al Derecho Concursal Moderno y la Ley de Reestructuración patrimonial”*... Op. cit., pp. 404.

Al convertirse la empresa en un factor tan importante para el bienestar de la economía en la actualidad, se hace necesario recurrir a instrumentos distintos para su conservación, nace así el nuevo presupuesto del derecho concursal: la crisis -evitar que la empresa ingrese a un estado de crisis-.⁹⁵

El *sistema liquidativo* que se había adoptado hasta entonces es relegado, surgiendo el auge de los sistemas *preventivos* y *conservativos* que en su mayoría las actuales legislaciones concursales han incorporado junto con este nuevo presupuesto, la crisis. Por ejemplo, la *Insolvenzordnung*- InsO-Alemana (1999) en su artículo 1: “La insolvencia se supone como regla cuando el deudor ha cesado en sus pagos”, no obstante, cuando el procedimiento de insolvencia es instado por el deudor encontramos el artículo 17: “la (mera) amenaza de insolvencia es también presupuesto de la apertura (...) cuando es previsible que no se encontrará en condiciones de cumplir con las obligaciones de pago pendientes en el momento del vencimiento”. En esta ley, la amenaza de insolvencia es un presupuesto alternativo de la apertura del procedimiento. También en España la Nueva Ley Concursal 22/2003 del 09 de julio tomando el modelo alemán, en cuanto el procedimiento voluntario, denomina “insolvencia inminente” a la que se da: “como la situación que acontece cuando el deudor prevea que no podrá cumplir en forma oportuna y regular con sus obligaciones”. Para el concurso necesario sigue la cesación de pagos, el incumplimiento regular de las obligaciones exigibles, como presupuesto material. Asimismo, en Italia se mantiene el presupuesto de la cesación de pagos para la quiebra y el presupuesto de “estado de crisis” para el concordato preventivo, a pedido del deudor (art. 160 y ss).⁹⁶

Lo desventajoso de presentar a la crisis como un presupuesto de insolvencia es que los deudores podrían presentarse a este procedimiento cuando no están en crisis o no soportan “tanta crisis” y se podría acudir al procedimiento para reprogramar las deudas. En Francia encontramos la Ley “De Salvaguarda de las Empresas” cuyo objetivo es la reorganización de la empresa; el procedimiento de *sauvegarde* es abierto exclusivamente a instancias del

⁹⁵ Cf. DASSO, Ariel. En: “Un “nuevo” Derecho Concursal en el Derecho Comparado, en ocasión de la reforma al régimen italiano (2005/2006)”. Op. cit., p. 3.

⁹⁶ Ídem., p. 5.

deudor debe justificar las dificultades que no está en condiciones de superar.⁹⁷ Es importante decir que este factor de prevención en los procedimientos concursales actuales, no debe llevar a imponer al deudor el concurso preventivo, puesto que es un principio del derecho de la prevención que ningún procedimiento concursal se pone en movimiento si el deudor no quiere.⁹⁸

Estos sistemas conservativo y preventivo, tienen un nuevo bien jurídico tutelado, se pasó de proteger el interés de los acreedores a privilegiar el salvataje de la empresa pero a empresas económicamente viables. Nos dice el profesor FERRERO⁹⁹ que el derecho concursal moderno, subordina el interés de los acreedores y el interés al resarcimiento vía sanción, al objetivo principal de maximizar el valor de la empresa en funcionamiento.

Con este cambio de finalidad en el derecho concursal nace la necesidad de buscar nuevos instrumentos que apoyen la conservación de la empresa, es así que gracias a la globalización, que hace al mundo cada vez más interconectado, permite observar y encontrar en el sistema del COMMON LAW, especialmente en la Bankruptcy estadounidense, los mecanismos que el concurso necesita para dar a la empresa mayores posibilidades de una reorganización. El doctor DASSO¹⁰⁰ señala que el derecho concursal del siglo XXI es realmente “NEW”, utiliza este término en inglés porque este cambio de dirección que ha dado se debe a la influencia de los institutos del derecho anglosajón y las circunstancias económicas que han tenido un mayor impacto a nivel mundial, se ha alcanzado un mayor nivel de integración nunca antes visto como consecuencia de la globalización.

Este fenómeno de la globalización ha derribado fronteras territoriales y ha obligado a los países a replantear sus sistemas legislativos para presentar contenidos homogéneos en las relaciones negociables y los posibles conflictos, respetando las particularidades y principios

⁹⁷ Ídem., p. 6-7.

⁹⁸ Cf. DASSO, Ariel. En: “*El Derecho Concursal hoy*”...Op. cit.,p.07.

⁹⁹ FERRERO DIEZ CANSECO, Alfredo. En: “*Del Derecho de Quiebra al Derecho Concursal Moderno y la Ley de Reestructuración patrimonial*”... Op. cit., pp. 397.

¹⁰⁰ Cf. DASSO, Ariel. En: “*El Derecho Concursal hoy*”. Op. cit., pp. 1.

de soberanía,¹⁰¹ un claro ejemplo de esto lo observamos en el derecho concursal actual donde hay una tendencia común de los ordenamientos –tanto el derecho continental europeo como el de Latinoamérica¹⁰²- de incorporar directivas que son ajenas a los principios tradicionales del derecho concursal del sistema romano y que corresponden al COMMON LAW, de este modo el nuevo derecho concursal mira a la Bankruptcy estadounidense.¹⁰³

No es nuevo decir que el contexto económico y el derecho concursal han estado siempre estrechamente vinculados, lo novedoso es ver cómo con el proceso de la globalización ha integrado cada vez más las distintas economías, haciendo que los fenómenos económicos tengan mayor relevancia a nivel mundial, y que sus efectos también repercutan directamente en las legislaciones concursales de los diferentes países.¹⁰⁴

Al convertirse la empresa en el motor de la economía por ser ésta fuente de riqueza no sólo para el Estado sino también para los ciudadanos, pasa a ser el nuevo protagonista del derecho concursal y su conservación el objetivo fundamental.¹⁰⁵

Las nuevas legislaciones concursales adoptan un sistema conservativo y/o preventivo teniendo como presupuesto prevenir la crisis, lo que no quiere decir que la cesación de pagos haya sido eliminada, ésta se mantiene pero para un estado avanzado de la insolvencia cuando se hace necesario optar por la liquidación de la empresa. En tal sentido, el nuevo presupuesto para estos sistemas será *evitar la crisis*, actuar antes de que se produzca la cesación de pagos; no obstante, será difícil determinar cuándo es el momento en el cual en realidad se está evitando una crisis del deudor o cuando éste se está amparando en el procedimiento para reprogramar sus deudas sin que exista un verdadero riesgo para la empresa. Asimismo la globalización ha permitido que las legislaciones concursales cuyas instituciones tienen su fundamento en el sistema del CIVIL LAW, sean influenciadas por las instituciones del COMMON LAW, especialmente por la Bankruptcy Estadounidense.

¹⁰¹ Cf. DASSO, Ariel. *Derecho Concursal Comparado*, Tomo I, Buenos Aires: Legis, 2009, p. XIII.

¹⁰² En Europa podemos observar los ordenamientos de Alemania y España, en Latinoamérica tenemos a Colombia y Argentina.

¹⁰³ Cf. DASSO, Ariel. *En: "El Derecho Concursal Hoy"*. Op. cit., pp. 2.

¹⁰⁴ *Ibíd.*

¹⁰⁵ *Ibíd.*

3.2. Modelos de Sistema Concursales.

El estado de insolvencia del deudor es una situación excepcional, que refleja la imposibilidad de éste de cumplir con sus obligaciones al vencimiento de las mismas, debido a que su patrimonio disponible es insuficiente. El Derecho concursal ha buscado darle un tratamiento especial sobre la base de métodos o modelos de regulación¹⁰⁶ que veremos a continuación.

3.2.1. *Métodos para su tratamiento: Estado de crisis*

Como lo hemos dicho líneas arriba en el derecho concursal actual identificar el estado de crisis de una empresa tiene una suma importancia, puesto que hoy se busca evitar la misma en las empresas o evitar que ésta llegue a su última etapa, es decir, la cesación de pagos.

Como consecuencia de tomar la conservación de la empresa como nuevo objetivo de las normas concursales, los países desarrollan una política legislativa para estimular a los acreedores a optar por esta opción implementando nuevos instrumentos que colaboren con ello. Encontramos que pese a los diversos métodos para el tratamiento del concurso son empleados usualmente sólo dos métodos, que se encuentran en los extremos (conservativo o liquidatorio) y que contiene los rasgos más característicos de uno u otro procedimiento.¹⁰⁷ Estos son: el método de mercado y el método gubernativo, los cuales veremos a continuación.

3.2.1.1. Método de Mercado.-

¹⁰⁶ Cfr. DEL ÁGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. “Hacia una reestructuración del Sistema Concursal”, En: *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, Lima, N° 12, 2011, pp. 114-115.

¹⁰⁷ Cfr. BISBAL MENDEZ, Joaquín. “La empresa en crisis y el derecho de quiebras. (Una aproximación económica y jurídica a los procedimientos de conservación de empresas)”. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1986, p. 33.

En este método se considera que todos los quebrados potenciales son iguales y que no existen diferencias sustanciales entre ellos que amerite un tratamiento diferente. La crisis, sea cual sea el motivo por el cual se haya desencadenado, tiene una naturaleza semejante y se manifiesta en que no podrá satisfacer a los acreedores en el tiempo y plazo previsto. En este método no se hace diferencia entre los acreedores, salvo lo relativo a la cantidad de su crédito. Se utiliza un sistema liquidatorio para conseguir la satisfacción de los acreedores y para conseguir esta finalidad proporciona un conjunto de reglas que tratan de maximizar el activo a repartir y minimizar los costes de negociación en cuanto a la forma de ese reparto. Al consistir en un método de composición de intereses privados los conflictos que puedan surgir son competencia de los tribunales. Entonces el método de mercado es un método general, liquidatorio y judicial.¹⁰⁸

3.2.1.2. Método Gubernativo.-

A diferencia del método de mercado, este método se caracteriza porque considera que los potenciales quebrados tienen diferentes posiciones en el mercado y su importancia no puede medirse con un mismo criterio. La crisis puede manifestarse de diversos modos y esto dependerá de la forma en que se ha llegado a ella. Aquí los acreedores no son iguales y sus intereses pueden oponerse a los de otras categorías que no necesariamente tiene un vínculo contractual con el deudor. Utiliza un sistema conservativo para la salvaguardar la empresa puesto a que entiende que el mejor modo de satisfacer los intereses de los acreedores es mediante un plan que modifique la estructura crediticia de la misma. Para esta finalidad cuenta con instrumentos financieros, que maximizan el valor potencial de la empresa en funcionamiento, y un conjunto de reglas que justifican esta imposición del plan a los acreedores. Este método está compuesto por intereses privados y públicos por lo que se admite en muchas ocasiones la utilización de fondos del Estado, la resolución de los conflictos se obtiene con la intervención de órganos y criterios administrativos. En consecuencia, el método gubernativo es un método especial, conservatorio y administrativo.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Ídem., Op. cit., p. 34.

¹⁰⁹ *Ibíd.*

3.2.2. Concepciones del Derecho Concursal: Tradicionalistas vs. Procedimentalistas.-

Los tradicionalistas consideran que *“la empresa tiene un valor independiente, desbordante del crédito frente a sus acreedores”*. En tal sentido, las medidas que los acreedores puedan tomar para proteger sus intereses particulares traerán efectos secundarios nefastos: *“quiebras en cadena y pérdidas de puestos de trabajo”*. Bajo este contexto, los tradicionalistas consideran que las empresas en crisis deben tener una segunda oportunidad, esta opción de rehabilitación se percibe como *buena en sí misma*.¹¹⁰

“Para los tradicionalistas el procedimiento concursal está enmarcado por las negociaciones entre los actores del proceso, mediados por la acción del juez del concurso, quien los motiva y hasta los conmina a negociar y ceder”.¹¹¹

En cambio los procesalistas consideran que el sistema concursal debe ajustarse a las leyes del mercado en relación al destino de la empresa en crisis. La permanencia o no de ésta debe estar sustentada en factores de mercado. En consecuencia, la normativa concursal debe concebirse en conjunto con otras áreas de la actividad económica, en las cuales tiene impacto. Bajo este esquema, el Derecho concursal no debe inclinarse a la reestructuración o la liquidación de la empresa *per se*, *“sino asegurar el uso y reasignación eficiente de los activos de la empresa”*.¹¹² En este sistema se busca *“crear un conjunto de incentivos tal que las decisiones que se adoptan sean las que adoptaría una persona si es que fuera la única dueña de la empresa.”*¹¹³

Para los procedimentalistas la labor del juez concursal es la de un árbitro, ya que debe ser neutral respecto a la decisión que se adopte de la empresa en crisis, éste solo debe vigilar la

¹¹⁰ Cf. DEL ÁGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. “Hacia una reestructuración ... Op. cit., p, 117.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Ídem.*, p. 118.

¹¹³ BAIRD, Douglas. “Axiomas concursales aceptados”. *En: Themis, Revista de Derecho*, Lima, N° 45, 2002, p, 14.

legalidad de los acuerdos, los derechos mínimos de los acreedores y el acceso a la información relevante para éstos.¹¹⁴

3.3. Principios del Derecho Concursal.-

“Entendamos por “principio concursal”, toda razón, idea, criterio o proposición de general aceptación y básica o fundamental que rige el procedimiento concursal y sobre la cual se procede”¹¹⁵

Conforme a este concepto podemos decir que el derecho concursal ha ido esbozando directrices que conducen su procedimiento y contribuyen a conseguir su finalidad. Entre las principales tenemos: el principio de universalidad, que en su concepción amplia comprende el aspecto universal objetivo y el principio de conectividad (o universalidad subjetiva) y el principio de igualdad (*par condicio creditorum*); tienen sus bases en el sistema romano. No obstante, en la actualidad hemos observado que los sistemas conservativos y preventivos buscan mayores instrumentos para lograr la conservación de la empresa y el fenómeno de la globalización ha permitido observar otros ordenamientos para lograr estos fines.

A causa de la internacionalización de las relaciones jurídicas, ha surgido la necesidad de plantear modelos homogéneos de legislación, para regularlas y conseguir una cooperación entre las distintas jurisdicciones; de este modo se observa que instituciones del derecho anglosajón han permeado en los principios clásicos del derecho concursal con raíces en el sistema romano.¹¹⁶ Observaremos que en las reformas de los diferentes ordenamientos en los últimos años hay una introducción de figuras nuevas que pertenecen en su mayoría al Código de Bancarrotas Estadounidense.

3.3.1. Principio de Universalidad.-

¹¹⁴ Cf. DEL ÁGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. “Hacia una reestructuración ... Op. cit., p, 118.

¹¹⁵ RODRIGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, Alfonso. “Principios informadores de la nueva legislación española”. En: *Actualidad Jurídica*, Lima, N° 161, 2007, p, 285.

¹¹⁶ Cf. DASSO, Ariel. En: “Un “nuevo” Derecho Concursal en el Derecho Comparado, en ocasión de la reforma al régimen italiano (2005/2006)”, Op. cit., p, 4.

El principio de universalidad es tratado de dos modos por las distintas legislaciones, para algunas tiene un alcance amplio que comprende el aspecto objetivo y subjetivo; y para otras sólo comprende el aspecto objetivo.

El profesor DASSO ARIEL¹¹⁷ señala que este principio es exclusivo al derecho concursal y lo describe en su alcance amplio: (i) *objetivo*, porque involucra la totalidad o integridad del patrimonio del deudor y (ii) *subjetivo* porque abarca de la totalidad del pasivo o acreedores de aquel, configurando el principio de “*colectividad*”; citando al Doctor REYES VILLAMIZAR nos dice que el principio de la universalidad, es en su origen histórico, consustancial al derecho concursal y con distintos matices, está consagrado en todos los ordenamientos de raigambre romano-germánica, pero también tiene vigencia en aquellos de origen anglosajón.¹¹⁸

*“Estos principios de universalidad objetiva y la colectividad de acreedores no tienen lugar en el derecho común u ordinario. Más aún pugnan con los principios de aquél, porque se trata exclusivamente de normas y principios propios del derecho concursal los que no pueden ser aplicados en el sentido de lo análogo respecto al derecho ordinario”.*¹¹⁹

3.3.1.1. El principio de universalidad objetiva.-

Por este principio se entiende que los efectos del proceso concursal recaen sobre la totalidad del patrimonio del deudor, el cual queda afecto para satisfacer a los acreedores que participan en el concurso. La regla general en los procesos es la afectación de todo el patrimonio del deudor, salvo casos en que la norma señale lo contrario^{120, 121}. Cabe indicar que esta afectación es sobre los bienes pasados, presentes y futuros del patrimonio del deudor; el pasado en cuanto se reintegrarán al patrimonio todos los bienes ocultos o

¹¹⁷ Cf. DASSO, Ariel A. “La dilución del principio de colectividad o universalidad de acreedores en los procedimientos concursales menores o preventivos”, Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, 8, 9, 10 y 11 de noviembre de 2006, Mérida, Estado de Yucatán-México p. 3.

¹¹⁸ *Ibíd.*

¹¹⁹ *Ídem.*, p. 15.

¹²⁰ Cabe mencionar que cuando se trate de persona natural o física algunos bienes o derechos íntimamente vinculados a la subsistencia o personalidad son inembargables, según lo señala DASSO, Ariel. *Ibíd.* p. 4.

¹²¹ Cf. FLINT, Pinkas. “Tratado de Derecho Concursal”. Volumen I. Lima: Grijley, 2004, p. 101.

enajenados indebidamente, y en el futuro porque también contemplará todos los bienes que adquiriera o reciba en el periodo posterior hasta que finalice el concurso.¹²² Esto favorece a la solución de la crisis del deudor ingresando todos los activos al proceso concursal con la finalidad de que los acreedores tengan el respaldo de todo el patrimonio del deudor.¹²³

Asimismo refiere el doctor DASSO¹²⁴ que este patrimonio sometido al concurso pasa a ser la masa activa de la insolvencia, la Ley de Insolvencia Alemana (Inso), de 1999 en su art. 354 la define como: “*El procedimiento de insolvencia incluye todo el patrimonio que pertenezca al deudor al tiempo de la apertura del procedimiento y el que adquiriera durante el desarrollo del mismo (masa de la insolvencia)*”. (*Begriff der Insolvenzmasse*)

Los efectos que produce el concurso sobre la totalidad del deudor dependerán del tipo de procedimiento concursal, por ejemplo, para los procedimientos preventivos tendrán un desapoderamiento atenuado del deudor y el procedimiento de quiebra un desapoderamiento pleno.¹²⁵ En los procesos preventivos el procedimiento de universalidad tiene efectos de protección del patrimonio del deudor para evitar su desmantelamiento, no sólo por los acreedores que no pueden ejercer acciones individuales contra el patrimonio del deudor, sino también porque el deudor está prohibido de disponer de su patrimonio u ejercer cualquier acción que pueda mermar sus activos y afectar a los acreedores. Además de este control *ex ante*, también hay un control *ex post* de los actos del deudor denominado periodo de sospecha que comprende el lapsus de tiempo que media entre la fecha de presentación requiriendo la apertura del concurso y un periodo anterior en el que se presume el deudor en crisis ha realizado actos contra su patrimonio, este tiempo lo determina la ley de cada legislación. Aun cuando se haya dispuesto del patrimonio, existen en el proceso concursal

¹²² Cf. LAGUADO MONSALVE, Darío (Director). “Análisis de los procesos concursales y responsabilidad empresarial”. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. p, 89. Consulta: 29.09.2011. <<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS60.pdf>>

¹²³ Cf. APARICIO ALDANA, Rebeca Karina. “Lineamientos básicos del Derecho concursal”. En: *Revista JuS Doctrina & Práctica*. Lima, N° 6, 2008, p, 557.

¹²⁴ DASSO, Ariel A. “La dilución del principio de colectividad o universalidad de acreedores en los procedimientos concursales menores o preventivos”.... Op. cit. p. 4.

¹²⁵ Cf. TONÓN, Antonio. *Derecho Concursal*. Op. cit., p 27.

acciones de reposición o recomposición patrimonial para reintegrar el patrimonio del que se ha dispuesto durante el periodo de sospecha.¹²⁶

El proceso de universalidad objetiva consiste entonces en la afectación a todo el patrimonio del deudor por el procedimiento concursal. Este principio exige medidas de protección para mantener la intangibilidad del patrimonio del deudor, tanto *ex ante*, evitando que el deudor disponga de su patrimonio, como *ex post*, aun si se han realizado actos de disposición por parte del deudor existe el periodo de sospecha en el que se presume la irregularidad de esos actos y se posee las acciones para reintegrar los bienes al patrimonio. Todas estas medidas benefician tanto al deudor, porque su patrimonio será protegido evitando que éste sea ejecutado individualmente por los acreedores y frustrar la posibilidad de una reestructuración, como a los acreedores puesto que los bienes del deudor estarán protegidos de la disposición de éste y posibles acuerdos entre deudor y acreedores que busquen cobrar sus créditos antes.

3.3.1.2. El principio de colectividad (universalidad subjetiva).

Este principio constituye la parte subjetiva de la universalidad y consiste en la participación de la totalidad de los acreedores en el proceso concursal, cualquiera fuese la naturaleza de sus obligaciones y sus modalidades.¹²⁷

Además señala el profesor PINKAS FLINT¹²⁸ que “*los procesos concursales mediante este principio buscan dos cosas fundamentales: a) llamar a participar en el proceso a todos los acreedores del deudor y b) que el desarrollo del concurso sea en beneficio de la totalidad de los acreedores, priorizar el interés colectivo de la masa de acreedores*”.

¹²⁶ Cf. DASSO, Ariel A. “*La dilución del principio de colectividad o universalidad de acreedores en los procedimientos concursales menores o preventivos*”... Op. cit. p. 4 y 5.

¹²⁷ Ídem., p. 6 y 7.

¹²⁸ FLINK BLANCK, Pinkas. “*Tratado de Derecho Concursal*”...Op. cit., p. 101.

Esta universalidad subjetiva implica que todos los acreedores tengan la posibilidad de participar en el proceso, no necesariamente que estos participen efectivamente.¹²⁹ El proceso se abre en interés de todos pero algunos acreedores podrían elegir otras vías.¹³⁰ Se hace necesario que los acreedores tomen conocimiento de la apertura del procedimiento concursal y se exige la publicidad de éste, mediante notificaciones a los acreedores en su domicilio o, en su defecto, mediante publicación en el diario oficial.¹³¹

Asimismo, es parte de este principio la constatación o verificación de los créditos que hace la autoridad del concurso, ya que debe garantizarse la legitimidad de los acreedores a integrar el pasivo concursal. Citando al Doctor CAMARA, nos dice el profesor DASSO: *“la verificación del crédito constituye un imperativo para todos los acreedores de carácter exclusivo y excluyente y esto constituye sin duda el elemento caracterizante de la unicidad del proceso”*.¹³²

En el procedimiento preventivo la expresión de voluntad de la colectividad será regida por la regla de la mayoría y en la quiebra la interacción de los acreedores estará reflejada por su cuota de liquidación.¹³³

Este principio es una característica esencial del concurso, ya que lo particular los procedimientos concursales es que haya un llamado a todos los acreedores, de otro modo los acreedores podrían ejecutar su crédito individualmente sin acudir al concurso y produciendo el desmantelamiento del patrimonio del deudor. En un procedimiento concursal todos los acreedores tienen la misma posibilidad de participar en el proceso concursal, lo que no obliga a que necesariamente lo hagan. Además este principio busca

¹²⁹ Cabe señalar que en el ordenamiento peruano si se requiere la pluralidad de acreedores, tal como lo expresa nuestra norma en su artículo 36 inciso 1: *“Si no se presenta más de un acreedor solicitando el reconocimiento de sus créditos, en el plazo previsto en la Ley, o si habiéndose presentado más solicitudes, éstas hubieran sido denegadas, la comisión declarara el fin del procedimiento por inexistencia del concurso”*.

¹³⁰ Cf. PAJARDI, Piero, *“Derecho Concursal”*, Tomo I, Op. cit., p. 130.

¹³¹ Cf. LAGUADO MONSALVE, Darío (Director). *“Análisis de los procesos concursales y responsabilidad empresarial”*... Op. cit., p. 93.

¹³² DASSO, Ariel A. *“La dilución del principio de colectividad o universalidad de acreedores en los procedimientos concursales menores o preventivos”*.... Op. cit., p. 12.

¹³³ *Ibíd.*

privilegiar el interés de los acreedores y no el interés individual, por lo que las decisiones se toman por mayoría de acuerdo al porcentaje del crédito.

Sin embargo, observamos que muchos ordenamientos en los últimos años vienen adoptando algunas instituciones propias del derecho anglosajón -para poder impulsar esta nueva finalidad del derecho concursal: la conservación de la empresa-, y empieza a desvirtuar este principio. Por ejemplo: la intervención de tercero no acreedor y el *cramdown power*, figuras que desarrollaremos más adelante en el punto 3.3.3.

3.3.2. Principio de Igualdad.-

Conocido en latín como: “*PAR CONDITIO OMNUM CREDITORUM*”. *El funcionamiento de este principio está exclusivamente ligado con el carácter universal del proceso concursal*”.¹³⁴

Por este principio se entiende que los acreedores deben ser tratados de modo igualitario y homogéneo, no existiendo más preferencias entre ellos, que las expresamente indicadas por la ley. Cabe señalar que este principio es de tal trascendencia que la expresión primero en el tiempo, primero en el derecho no aplica en el proceso concursal, así que si un acreedor diligente compadeció primero que otro en el proceso, esto no le dará ningún privilegio, salvo si la naturaleza de su crédito se lo otorga conforme a lo que señale la legislación.¹³⁵

Para el Doctor TONÓN en este principio se presume que si los acreedores deben soportar alguna pérdida deben hacerlo en igual proporción a sus respectivos créditos, a prorrata. Lo que significa que los acreedores deben tener un trato igualitario en la distribución de las pérdidas. No obstante, el principio de igualdad de trato no rige para todos los acreedores, sino sólo para aquellos que no pueden invocar un privilegio.¹³⁶ Trato igualitario para los acreedores quirografarios y preferencial (el beneficio otorgado por la naturaleza de su

¹³⁴ DASSO, Ariel A. “*La dilución del principio de colectividad o universalidad de acreedores en los procedimientos concursales menores o preventivos*”.... Op. cit., p. 9.

¹³⁵ Cf. LAGUADO MONSALVE, Darío (Director). “*Análisis de los procesos concursales y responsabilidad empresarial*”... Op. cit., p. 94.

¹³⁶ Este privilegio está dado por ley, por ejemplo, la ley concede a algunos acreedores cobrar con preferencia de los demás, de acuerdo con la naturaleza de su crédito.

crédito) para aquellos acreedores que tienen un privilegio sobre un determinado bien o con privilegio en general sobre todo el patrimonio.¹³⁷

La prelación de créditos es una excepción a este principio, dado por la ley dicho orden. Es modo y el orden en que la ley regula como se pagarán las acreencias de un determinado deudor.¹³⁸

En la actualidad observamos que se ha dejado de lado el rigor y formulismo de la *par conditio* y se le ha visto como un serio obstáculo para la finalidad perseguida: el salvataje de la empresa. Hoy muchas legislaciones están optando por el uso de nuevos institutos que pueden terminar por quebrar la igualdad de trato entre acreedores pero cumplen con la finalidad actual, por ejemplo la categorización de los acreedores y el acreedor involuntario que desarrollaremos en el siguiente punto.¹³⁹

3.3.3.- Principio de conservación de la empresa.-

Este principio ha sido ampliamente acogido por las legislaciones y en la doctrina, especialmente en los derechos latinos y en otros europeos. Obviamente no puede ser aplicado a un concursado que no posee o no explota una empresa. Este principio tiene sus límites y no tiene la finalidad de mantener en actividad empresas ineficientes e irrecuperables.¹⁴⁰

No obstante, encontramos distintos intereses que pueden contraponerse a este principio, como el interés de los acreedores. En el derecho americano hay una marcada tendencia a priorizar el interés de los acreedores –amparados en los conceptos de economicidad y eficiencia- con la rápida realización de los activos para satisfacer ese interés y la reinserción de los bienes en su mejor rentabilidad productiva. Una corriente doctrinaria en el derecho

¹³⁷ Cf. TONÓN, Antonio. *Derecho Concursal*. Op. cit., p 28 y 29.

¹³⁸ Cf. LAGUADO MONSALVE, Darío (Director). *Análisis de los procesos concursales y responsabilidad empresarial*... Op. cit., p. 98.

¹³⁹ Cf. DASSO, Ariel. En: *“El Derecho Concursal Hoy”*. Op. cit., p. 7.

¹⁴⁰ Cf. ALEGRÍA, Héctor. *“La conservación de la empresa como centro principal del derecho concursal moderno. (Evolución, panorama actual y cuestiones modernas)”*. En: *Tratado de la Empresa*. Tomo I. Editorial: AbeledoPerrot S.A. Buenos Aires. 2009. pp. 9.

continental moderno sigue afirmando la necesaria prioridad de la tutela del derecho de los acreedores y de la rápida reinscripción de los bienes en la actividad económica. Que puede resumirse en estas líneas: *“En otros palabras, cabe preguntarse si el saneamiento de la empresa debe ocurrir a costa o a favor de los acreedores que aún hoy, deberán ser siempre tutelados de manera prioritaria”*.¹⁴¹

Por otro lado, encontramos que se ha destacado el interés público en la conservación de la empresa y esto deja a pensar una intromisión estatal en los intereses de los particulares, no obstante, este principio guarda límites, por lo que está más enfocado en fijar una política legislativa que beneficie y respetar los principios concursales básicos, la posibilidad de conservar la actividad de la empresa o su unidad patrimonial.¹⁴² El Doctor DE LA CUESTE expresa: *“Es indudable que establecer un vínculo a que me refiero (convenio y conservación) se está reconociendo que el hecho que la empresa constituye un bien en sí mismo”*.¹⁴³ No obstante, hoy se admite que la conservación es un fin, pero subordinado a satisfacer los derechos de crédito. Se debe privilegiar la conservación de la empresa cuando sea socialmente y económicamente útil y en coordinación con los demás intereses en juego. Esta continuación de la empresa no es a cualquier costo.¹⁴⁴

El impulso a este principio está desvirtuando los principios primigenios del derecho concursal, tales como los principios de colectividad e igualdad. Lo cual se puede percibir en las instituciones que desarrollaremos a continuación.

La intervención de un tercero interesado o *CRAMDOWN* está regulada en la Sección 1121 de la Bankruptcy estadounidense en ésta se prevé que terceros interesados hagan propuestas a los acreedores para negociar la reestructuración, ya sea en forma conjunta con el deudor o subsidiariamente a fracaso de éste. El deudor tiene un plazo de exclusividad de 120 días para presentar su propuesta; si dentro de éste plazo no presenta una propuesta o es

¹⁴¹ Ídem., p. 10. Citando a PICA, Leonardo, “Il concordato preventivo da misura premiale a strumento per salvaguarda dell’azienda?”, Riv. Dir. Fall., 2007-2, pp. 354 - 355.

¹⁴² Ídem., p. 11.

¹⁴³ Ídem., p. 12.

¹⁴⁴ Ídem., p. 13-20.

rechazada su propuesta, entonces cualquier tercero puede hacer propuestas acordando con los acreedores, en sustitución del deudor, la forma de reorganizar la empresa.¹⁴⁵

Y el *CRAMDONW POWER*, la potestad judicial del juez de homologar el acuerdo¹⁴⁶. Esta figura supera la regla de la mayoría, puesto que el juez podrá homologar un acuerdo aún si éste no cuenta con la aprobación de la mayoría. Como se ha mencionado, hay un nuevo objetivo salvar a la empresa y estos nuevos institutos colaboran con ello. Entonces si se dan las condiciones que la ley establece, el juez podrá usar su potestad judicial para homologar el acuerdo.¹⁴⁷

Observamos en estas figuras que se está desvirtuando el principio de colectividad o universalidad subjetiva, puesto que este llamado que sólo se hacía a los acreedores a participar en el procedimiento concursal, ahora también es a cualquier tercero que pueda aportar una solución al concurso, y, además, los acuerdos que conforme a este principio deben ser aceptados por la mayoría de acreedores, el juez tiene la facultad para terminar imponiendo los acuerdos propuestos por la minoría.

La categorización de los acreedores desvanece el clásico principio de igualdad, esta institución pertenece a la Bankruptcy estadounidense es denominada también clasificación o agrupamiento y es definida como la potestad legal que se da al deudor, según su criterio de razonabilidad, para separar a los acreedores en categorías, clases o grupos y ofrecerles propuestas distintas, requiriendo la conformidad de la mayoría de categorías para considerar aprobada la propuesta por todos. Hay distintos sistemas de categorización: la categorización legal, la ley establece los grupos o clases; la categorización potestativa, la ley asigna al deudor o al tercero proponente del plan o acuerdo, la facultad de optar por formar las categorías o clases, o escoger las categorías legales; y las categorías mixtas, la

¹⁴⁵ Cf. DASSO, Ariel. “*El Derecho Concursal Hoy*”. Op. cit., p. 11.

¹⁴⁶ El juez concursal puede imponer el acuerdo a ciertas categorías de acreedores disidentes, siempre que considere que el acuerdo es justo y equitativo y que medie petición de parte, no lo puede hacer de oficio. RODRÍGUEZ, Mónica. En: Armonización legislativa en materia de salvataje de empresas en el MERCOSUR: ¿Una quimera o necesidad? Tesis para optar por el grado de Doctor en Ciencias Sociales. Consultada el: 30 de noviembre de 2011. <http://www.eumed.net/tesis/2010/msr/SALVATAJE%20EN%20EL%20DERECHO%20ARGENTINO.htm>

¹⁴⁷ *Ibíd.*

ley establece categorías mínimas que debe respetar, pero el proponente también puede subdividir estos grupos.¹⁴⁸ Entre las legislaciones que han empezado a introducir en su legislación este instituto tenemos: la *Insolvenzordnung* alemana que es la primera en regular la categorización en el artículo 222 que señala que el plan de insolvencia debe estar conformado por tantos grupos como acreedores se encuentren en “diferente situación jurídica” y estos grupos pueden dividirse a su vez en otros con “intereses económicos homogéneos”. En Latinoamérica la categorización ha sido recogida pero sólo las clases que la ley permita, salvo en Argentina. En Colombia hay cinco categorías por ley y para aprobar el acuerdo se necesita la aprobación de la mayoría por grupo. En Brasil la nueva ley del 2005 tiene categorías de acreedores dadas por ley, sin embargo, es la asamblea general de acreedores quien toma las decisiones sobre aprobar, reformar o modificar el plan que presente el deudor. No obstante cabe mencionar que esta institución no ha sido recibida por todos, no en su máxima expresión, como ya se mencionó Brasil y también la ley española 22/2003 mantiene las categorías legales y no le da al deudor la facultad de establecer estas categorías, lo que comparte también Portugal. Y en Uruguay observamos la carencia de categorías.¹⁴⁹

Asimismo, vemos una excepción al principio de igualdad en esta nueva figura del acreedor involuntario, a quién es necesario darle un trato diferenciado, dada la especial circunstancia en la que se creó este vínculo acreedor-deudor. El acreedor involuntario es quien no participó voluntariamente en el origen de su crédito, jamás pensó convertirse en acreedor de ese deudor, son créditos que nacen de una relación extracontractual deudor-acreedor. En el sistema del derecho concursal hay una ideología detrás del incumplimiento del deudor que soporta el acreedor, esto es, éste eligió mal a quién le prestó, se equivocó por lo que soportará el sacrificio de espera y reducción del monto de su crédito. En consecuencia, deberían tener estos créditos un tratamiento diferente, dado que esta relación no nace de un vínculo voluntario, además que los créditos involuntarios se encuentran en desventaja si estos no cuentan aún con sentencia firme, no pueden ingresar al pasivo. Recientemente en el sistema concursal se le está dando un tratamiento diferenciado a estos créditos.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Ídem., p. 5.

¹⁴⁹ Ídem., p. 6.

¹⁵⁰ Ídem., p. 9.

3.4. La privatización y desjudicialización de concurso.-

En la antigüedad el concurso, antes denominado quiebra, ha estado marcado por la presencia de la autoridad judicial, quien era el principal protagonista, y, en algunos casos, incluso tomaba decisiones sobre el destino de la empresa. No obstante, a partir de los acuerdos preventivos observamos que han existido acuerdos extrajudiciales. Respecto a ello la Doctora PÁJARO MORENO¹⁵¹ comenta que en las Siete Partidas se señala que el deudor en acuerdo con el acreedor puede entregar a éste sus bienes para poner fin a la quiebra, pero que esto se debe hacer con la aprobación de la autoridad judicial para dotar de eficiencia vinculante dicho acuerdo; asimismo, señala que en los acuerdos preventivos de la quiebra algunos eran de carácter extrajudicial. El antecedente más remoto del acuerdo preventivo es el *pactum ut minus salvatur* de derecho romano, por el cual el heredero necesario o voluntario de la herencia abierta podía convenir con los acreedores la reducción de las deudas hereditarias.

El protagonismo cada vez mayor de los acreedores en el concurso refleja la llamada privatización. Actualmente son los acreedores quienes toman las decisiones en el concurso respecto a la reestructuración o liquidación de la empresa, así como los acuerdos que adoptan con el deudor. La autoridad judicial o administrativa sólo ejerce un control de legalidad de dichos acuerdos. Pone de ejemplo el Doctor DASSO¹⁵² el gran protagonismo que los ordenamientos europeos han dado al comité de acreedores; en Francia, éste ha desplazado a la asamblea en el procedimiento de Salvaguarde¹⁵³, de igual modo se ha dado en Italia, así el rol del juez ha quedado reducido al control de legalidad.

¹⁵¹ Cf. PAJARO MORENO, Martha. “La desjudicialización del concurso de acreedores”, En: “La empresa en el Siglo XX. Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp, 378-383.

¹⁵² Cf. DASSO, Ariel. En: “El Derecho Concursal hoy”... Op. cit., p. 8.

¹⁵³ La Salvaguarde es un procedimiento voluntario a manos exclusivamente del deudor que no está en cesación de pagos, pero podría estarlo. Consiste en un periodo de observación que no debe exceder los seis meses, en el que los administradores naturales continúan en función pero bajo la vigilancia de un administrador judicial, hay suspensión de ejecuciones y prohibición de pagos de las deudas anteriores. En este periodo el deudor o el administrador judicial debe presentar un plan de Salvaguarde o salvamento dirigido a la continuidad de la empresa. La aceptación del plan puede ser por consulta individual, que se entiende aceptada si no es respondida dentro de los 30 días o el sometimiento a la aprobación de dos comités de acreedores, uno integrado por entidades de crédito y el otro por lo principales acreedores. Se exige, en ambos comités, la mayoría de personas que representen los dos tercios de los créditos de los integrantes del comité. *Ibid.*

En nuestro ordenamiento podemos destacar que la Ley de Reestructuración Empresarial empieza a otorgar un mayor protagonismo a los acreedores dejando en éstos la decisión sobre el futuro de la empresa y la supervisión de los acuerdos adoptados, este protagonismo se mantiene hasta la norma actual al señalar en su Título Preliminar artículo III¹⁵⁴ que son los acreedores quienes toman la decisión sobre el destino del deudor. En tal sentido observamos que a partir de la norma de Reestructuración Empresarial empieza la privatización del concurso en nuestro ordenamiento, ya que antes el protagonismo lo tenía el juez y el síndico de quiebras.¹⁵⁵

Respecto a la desjudicialización nos comenta el doctor DASSO¹⁵⁶ que se llama así en Europa al protagonismo que está alcanzando el comité de acreedores, disminuyendo las funciones del juez. Asimismo el autor señala que es en Latinoamérica donde vemos la más dramática desjudicialización del concurso, pasando éste a una administrativización, de modo que el poder judicial es desplazado del procedimiento, siendo éste asignado a una dependencia del poder administrativo. Así encontramos en Colombia que la Constitución Política atribuye carácter de Juez Concursal a la Superintendencia de Sociedades. También en México se ve el Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles; aunque sus resoluciones admiten la apelación ante la justicia oficial. Y de algún modo también Chile con la Subsecretaría de Quiebras que sólo asume algunas funciones.

En esta misma línea se encuentra nuestro ordenamiento teniendo al Instituto Nacional de Defensa del Consumidor y de la Propiedad Intelectual, en adelante INDECOPI, como la institución que dirige el proceso. La Ley de Reestructuración Empresarial desjudicializó el

¹⁵⁴ Ley General del Sistema Concursal: “Artículo III: La viabilidad de los deudores en el mercado es definida por los acreedores involucrados en los respectivos procedimientos concursales, quienes asumen la responsabilidad y consecuencias de la decisión adoptada ”

¹⁵⁵ Ley de Reestructuración Empresarial:

“Artículo 5°.- La Junta de Acreedores tendrá las siguientes atribuciones:1

1) Decidir el destino de la empresa, que podrá ser:

a) La continuación de la actividad de la empresa, en cuyo caso entrará en proceso de reestructuración económica y financiera con arreglo al Título II;

b) La disolución y liquidación de la empresa, en cuyo caso se procederá a su liquidación extrajudicial conforme al Título III; o,

c) La declaración judicial de quiebra conforme al Título IV.

2) Supervisar la ejecución de los acuerdos que haya adoptado conforme al numeral anterior.”

¹⁵⁶ DASSO, Ariel. En: “El Derecho Concursal hoy”...Op. cit.,p. 9.

proceso y lo dejó en manos de una autoridad administrativa, la Comisión de Acceso y Salida del Mercado del INDECOPI, actualmente los procesos son llevados a cabo por la Comisión de Procedimientos Concursales.

Pese a que nuestro sistema ha optado por la desjudicialización del concurso, llevándose ésta ante un fuero administrativo, ello ha sido discutido por los académicos y litigantes que apuestan por la *privatización* del concurso u otros por volver a la *vía jurisdiccional*.

El Doctor EZCURRA, especialista en el tema, considera que debe privatizarse el concurso, expone que el deudor debe establecer en sus estatutos qué autoridad debe resolver el conflicto ante una situación de insolvencia, así como las reglas y los pagos de créditos que deben aplicarse al mismo. Señala que estos estatutos al estar inscritos en registros públicos tendrán la publicidad adecuada para quienes contraten con esta empresa. No obstante, se encuentra un problema con los acreedores laborales, el Estado (que puede ser acreedor por incumplimiento de una obligación tributaria), o el caso de los acreedores por responsabilidad civil extracontractual del deudor, quienes no estarían en posibilidad de contratar con el deudor. El autor señala que así las partes pueden pactar una jurisdicción arbitral y proponer las normas que consideren adecuadas al caso concreto.¹⁵⁷

Por otro lado, hay quienes exponen que el concurso debe volver a llevarse en vía jurisdiccional, ya que el Poder Judicial así se podría llevar en una única vía todas las materias discutidas en el concurso, el juez resolvería de modo más eficiente los conflictos suscitados en el concurso, además que habría firmeza en sus decisiones por la calidad de “cosa juzgada” de sus fallos, exclusivo del fuero judicial. Sin embargo, la estructura, organización y carga procesal del Poder Judicial hacen que un proceso de insolvencia en dicho foro sea inviable. El recupero del crédito necesita de los principios propios del procedimiento administrativo: principio de informalismo, celeridad y eficacia, ya que un sistema deficiente podría acarrear la depreciación del patrimonio del deudor.¹⁵⁸

¹⁵⁷ Cf. EZCURRA RIVERO, Huáscar, “Privaticemos la Insolvencia”, *En: “Ius et Veritas”*, Lima, N° 24, 2002, pp. 198-210.

¹⁵⁸ Cf. ALVARADO ESCOBAR, Omar y BIANCHINI AYESTA, Aldo. “Es posible “desadministrar” la Insolvencia”. *En: Revista Círculo de Derecho Administrativo*, Vol. 11, Tomo 1, 2011, pp. 338-339.

En los últimos años el tratamiento de los procedimientos concursales en un fuero administrativo ha sido cuestionado, debido a la alta carga procesal en INDECOPI y el tiempo de duración de los procedimientos concursales que se ha prolongado más allá de lo esperado, ambos problemas están relacionados a que no todas las decisiones recaen en la autoridad concursal, correspondiendo a las partes acudir ante un juez para resolver alguna cuestión preliminar, luego continuar con el proceso concursal ante la vía administrativa.¹⁵⁹

A pesar de las deficiencias que se observan, no creemos que la solución se encuentre en recurrir a una vía arbitral, los gastos de un arbitraje podrían considerarse altos para un deudor en insolvencia; así como otros factores que hacen inadecuada esa vía. Tampoco creemos que la solución sea volver a un sistema jurisdiccional tal como en años atrás, ya que el sistema concursal necesita de principios contemplados en el procedimiento administrativo para dar celeridad al procedimiento concursal.

En nuestra opinión, el funcionamiento del sistema concursal en Colombia puede traer muchas respuestas positivas para mejorar nuestro sistema concursal, esta extraña mezcla de dotar de facultades jurisdiccionales a un ente administrativo les ha dado resultados que podrían ser analizados en nuestro contexto para una posible implementación en nuestro sistema.¹⁶⁰

¹⁵⁹ *Ibíd.*

¹⁶⁰ El objeto de estudio de la tesis requiere el análisis de otros puntos que por estar relacionados tangencialmente a ella se analizará a grandes rasgos; no obstante, recomendamos su análisis a un nivel mucho más detallado sobre este tema.

CAPÍTULO II

“LA DIMENSIÓN INTERNACIONAL DEL CONCURSO: LOCALIZACIÓN, PRINCIPIOS PARA SU REGLAMENTACIÓN Y EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO NORMATIVO”

*Sumario: 1. Localización del concurso en la dimensión internacional. 1.1. La Relación Privada Internacional objeto de estudio del Derecho Internacional Privado. 1.1.1. Características de la Relación Privada Internacional. 1.1.2. Principales factores que dan origen a la relación privada internacional. 1.1.2.1. El cosmopolitismo del ser humano. 1.1.2.2. Pluralidad y diversidad de ordenamientos. 1.2. Los métodos del derecho internacional privado. 1.2.1. Método conflictual. 1.2.2. Método sustantivista o de creación. 1.2.3. Método autolimitativo. 1.3. El concurso en su dimensión internacional. 1.3.1. Carácter privado e internacional del concurso. 1.3.2. Causas que dan origen al concurso internacional como objeto de estudio del Derecho Internacional Privado. 1.3.3. La importancia de los métodos del derecho internacional privado para regular el concurso internacional. 1.4. Problemas que genera el concurso internacional. 1.4.1. Competencia judicial internacional en materia concursal. 1.4.2. Competencia Legislativa en el Concurso: *lex fori concursus*. 1.4.3. Reconocimiento y ejecución de la sentencia o auto de apertura del concurso. 2. Principios orientadores para la regulación del concurso internacional. 2.1. Principio de Territorialidad. 2.2. Principio de Universalidad. 2.3. Principio de la Universalidad Moderada. 3. Evolución del Tratamiento normativo del concurso internacional. 3.1. Antecedentes. 3.2. Iniciativas o convenios de naturaleza bilateral. 3.3. Iniciativas o convenio regionales o de naturaleza multilateral. 3.3.1. Latinoamérica. 3.3.2. Europa. 3.3.3. Países de América del Norte: México, Estados Unidos y Canadá. 3.4. Iniciativas Globales.*

1. LOCALIZACIÓN DEL CONCURSO EN LA DIMENSIÓN INTERNACIONAL

1.1. La Relación Privada Internacional objeto de estudio del Derecho Internacional Privado.

Actualmente existe un consenso por la doctrina mayoritaria al señalar como objeto de estudio del Derecho internacional privado a la *relación privada internacional*, no obstante durante muchos años hubo un fuerte debate acerca del verdadero objeto de esta disciplina, e incluso, la doctrina clásica reconoce como el objeto de estudio del Derecho internacional privado al *conflicto de leyes*, el cual en la actualidad ha pasado a ser uno de los métodos que éste utiliza para resolver los problemas que se le presentan.

Los profesores FERNÁNDEZ ROZAS y SANCHEZ LORENZO¹⁶¹ afirman que al intentar precisar el objeto del Derecho Internacional Privado nos encontramos frente a una dialéctica entre la *norma* y la *relación jurídica*. Asimismo señalan que para las concepciones normativistas o formalistas el punto de partida es la norma de derecho internacional privado, por lo que toda materia regulada por ésta estaría incluida dentro del objeto de nuestra disciplina. Para esta concepción el objeto del Derecho Internacional Privado es el *conflicto de leyes*, la norma de Derecho Internacional Privado debe hacer una elección de la norma competente entre las distintas leyes –de diferentes Estados- en presencia respecto de cada caso en particular. De otro lado, para las concepciones modernas el objeto del Derecho Internacional Privado es la *relación jurídica* (relación privada internacional), dejando al *conflicto de leyes* como un método normativo. Fue el profesor F.C Van Savigny quien logró dar este giro de colocar como objeto del Derecho Internacional Privado a la *relación jurídica* y que hoy la mayor parte de la doctrina sigue desplazando a la doctrina clásica. Finalmente el profesor DELGADO BARRETO señala: “Hoy en día, pensar que el objeto del Derecho Internacional Privado se agota en el *conflicto de leyes* es tener un visión incompleta del Derecho actual”.¹⁶²

Esta *relación jurídica* que las concepciones modernas señalan como objeto del Derecho Internacional Privado esconde una complejidad, puesto que no corresponde a una situación concreta de la realidad, como, por ejemplo, el objeto de estudio del Derecho sucesorio: las consecuencias jurídicas derivadas del hecho de la muerte; sino que caracteriza un conjunto de relaciones jurídicas indeterminadas (sucesiones, contratos, adopciones, matrimonios, divorcios, concursos, etc) con determinadas semejanzas que llevan a ubicarlas en el ámbito propio de la sociedad internacional -el Derecho Internacional Privado es un derecho sobre el derecho-. Sin embargo no sólo el juez de un Estado debe reconocer a la relación jurídica como *internacional*, sino que además debe analizar si ésta se encuentra dentro del ámbito del Derecho Internacional Privado o si pertenece a otras materias, es decir si es una

¹⁶¹ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y Sixto SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Madrid: Editorial Civitas, 1991. Pp. 37.

¹⁶² DELGADO BARRETO, César, DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y César Lincoln CANDELA SÁNCHEZ. “*Introducción al Derecho Internacional Privado*”, Tomo I, Lima: PUCP. Fondo Editorial, 2002, p, 30.

relación privada.¹⁶³ Podemos concluir que una relación jurídica para que ser objeto de estudio del Derecho internacional privado debe tener dos características fundamentales: ser *privada* e *internacional*.

1.1.1. Características de la Relación Privada Internacional.

Según lo señalado la relación jurídica estudio de nuestra disciplina está caracterizada por dos componentes fundamentales, estos son, el carácter *privado* de la misma y la presencia de por lo menos un *elemento internacional relevante*.

Respecto al carácter *privado* de la relación jurídica, ésta debe comprometer un interés privado, es decir que afecte directamente el interés de un particular¹⁶⁴; los sujetos parte de la relación jurídica deben actuar en una posición de igualdad, pueden ser privados o que actúen en calidad de tales.¹⁶⁵ Los profesores del área de Derecho Internacional Privado de nuestra casa de estudio, consideran que los sujetos que interactúan en esta relación jurídica son sujetos de Derecho Privado o pueden ser también sujetos de Derecho público que actúan con carácter de privado, es así que el Estado también podría ser parte de esta relación jurídica siempre que actúe en su *IUS GESTIONES* y no en su *IUS IMPERIUM*.¹⁶⁶

Lo expuesto nos permite distinguir que el carácter privado de una relación jurídica se analiza en: a) *los sujetos* involucrados en ella que deben actuar en un plano de igualdad o actúen en calidad de privados; y, b) que los intereses que se discutan sean *intereses privados*.

¹⁶³ Cf. ZEVALLOS CASTILLO, Henry. “La dimensión internacional de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas y el Derecho internacional privado: Bases para un marco jurídico del patrimonio cultural inmaterial”. Tesis de Licenciatura en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho. 2009, pp, 92. Citando a RIGAU, François. *Derecho internacional Privado: parte general*. Madrid: Civitas, 1958, pp, 62.

¹⁶⁴ Cf. DELGADO BARRETO, César, DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y César Lincoln CANDELA SÁNCHEZ. “*Introducción al Derecho Internacional Privado*”, Tomo I, Op. cit., p, 31.

¹⁶⁵ Cf. CALVO CARAVACA, Alfonso y Javier, CARRASCOSA GONZÁLES. “*Derecho Internacional Privado*”. Granada: Comares, 2005, p.11.

¹⁶⁶ Cf. DELGADO BARRETO, César, DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y César Lincoln CANDELA SÁNCHEZ. Op. cit., p, 32.

Luego de analizar el carácter privado de la relación jurídica pasamos a examinar cuándo se presenta un *elemento internacional relevante*. Siguiendo lo expuesto por el profesor DELGADO BARRETO debemos señalar que si alguno de los elementos que conforma la relación jurídica -los sujetos, el objeto, hecho o acto jurídico- califica como un *elemento extranjero relevante*, entonces es una *relación privada internacional*.

Asimismo el profesor BOGGIANO nos dice: “*El caso vinculado al derecho privado, jusprivatista, puede presentar hechos, situaciones, objetos, conductas relacionadas con varios Estados, cuyos sistemas jerárquicos resulten diversos*”, al estar la relación jurídica ligada a varios sistemas jurídicos nacionales considera que puede llamársela «multinacional».¹⁶⁷

Pero advierten los profesores FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ¹⁶⁸ que el elemento extranjero siempre es relativo y susceptible de modulación. Pues se analizará la relevancia de éste desde la perspectiva del operador jurídico que observa el caso dado, los distintos sistemas jurídicos tienen diversas conexiones que son importantes para determinar la relevancia del elemento extranjero. Por ejemplo, el matrimonio de dos chilenos celebrado en Cuzco, ambos con domicilio en la misma ciudad, para el juez peruano será una relación privada interna, ya que los elementos que podrían conferirle el carácter de internacional a esta relación, tales como, el domicilio de los contrayentes o el lugar de celebración se encuentran en el Perú; sin embargo, para un juez español esta relación tendrá un elemento extranjero desde su inicio, esto es la nacionalidad de los contrayentes, que en nuestro ordenamiento es irrelevante.

En tal sentido, no basta con que una relación privada cuente con un elemento extranjero sino que el mismo debe ser relevante para el operador jurídico que analiza el caso.

1.1.2. Principales factores que dan origen a la relación privada internacional.

¹⁶⁷ BOGGIANO, Antonio, “*Derecho Internacional Privado*”, Cuarta Edición Actualizada, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, p, 81.

¹⁶⁸ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y Sixto SÁNCHEZ LORENZO. Op. cit., p, 22.

Los profesores FERNÁNDEZ ROSA y SÁNCHEZ LORENZO afirman que: *“Hoy más que nunca asistimos a la presencia de diversos fenómenos de interpretación social, en virtud de los cuales una persona perteneciente a una sociedad y a un ordenamiento jurídico determinado adquiere un bien situado en otro país, contrata con una persona domiciliada en el extranjero, contrae matrimonio dentro de su país de origen, o fallece dejando bienes o herederos en otras jurisdicciones. Todo esto origina una compleja red de relaciones internacionales que aparecen vinculadas con diferentes ordenamientos jurídicos”*¹⁶⁹. Este párrafo describe como operan en la sociedad internacional los dos factores fundamentales que dan origen a la relación privada internacional y, por ende, a la existencia del Derecho Internacional Privado para regular estas relaciones; estos son, uno de índole sociológica: el cosmopolitismo humano; y otro legislativo: la pluralidad y diversidad de ordenamientos jurídicos.¹⁷⁰ Los que pasaremos a analizar a continuación.

1.1.2.1. *El cosmopolitismo del ser humano.*

Debido a la naturaleza cosmopolita del hombre, se ha dado origen a un sinnúmero de relaciones jurídicas que guardan conexiones con otros Estados, ya sea por sujetos de diferente nacionalidad o domicilio, bienes ubicados en diferentes países o por un acto jurídico realizado en un país ajeno al juez que observa el caso.

El Doctor DELGADO BARRETO¹⁷¹ señala que *“los grandes fenómenos migratorios que presentan numerosas cuestiones jurídicas en el marco del denominado Derecho Internacional del Trabajo y de la Seguridad Social (...)”*, y también estas migraciones que *“repercuten en el ámbito de la familia, por ejemplo, en los matrimonios y divorcios (...)”*. Asimismo *“(...) los desplazamientos derivados de la sociedad del ocio, el turismo internacional, hace que se desplacen cada año millones de personas, incentivando las actividades económicas, financieras y sociales, generándose todo tipo de relaciones jurídicas tanto patrimoniales como extrapatrimoniales”*.

¹⁶⁹ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y Sixto SÁNCHEZ LORENZO. Op. cit. pp. 41-43.

¹⁷⁰ Cf. DELGADO BARRETO, César, DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y César Lincoln CANDELA SÁNCHEZ. “Introducción al Derecho Internacional Privado”. Tomo I. Op. cit. pp. 26.

¹⁷¹ DELGADO BARRETO, César. “Tendencias actuales del Derecho Internacional Privado relacionado con la función notarial y registral”. Ponencia presentada en “Seminario Peruano-Argentino de Derecho Civil, Notarial y Registral”. Colegio de Notarios del Perú. Lima. 2011.

Así observamos que antes era el comercio internacional lo que generaba un gran número de relaciones privadas internacionales, hoy, en pleno siglo XXI, éstas se han multiplicado aún más. No sólo es el comercio internacional lo que ha hecho crecer este número, sino las diversas actividades que se han vuelto cada vez más recurrentes debido a la facilidad de desplazamiento entre fronteras de Estado a Estado.

1.1.2.2. *Pluralidad y diversidad de ordenamientos.-*

La pluralidad y diversidad de ordenamientos es consecuencia de una división del mundo en Estados y ordenamientos independientes¹⁷². Nos dice el profesor CARRASCOSA¹⁷³ que: “*cada Estado dispone de dos elementos fundamentales que interesan ahora: a) Una estructura judicial propia e independiente (= un Poder Judicial exclusivo que juzga y hace ejecutar lo juzgado en el territorio del Estado respectivo); b) Una legislación propia de Derecho Privado (= cada Estado dispone de su propia regulación de las relaciones jurídicas internas entre los particulares). De este modo, el Derecho Privado, salvo excepciones puntuales, es diferente de país a país (= pluralismo jurídico-privado)*”.

Esta realidad es aún más compleja de lo que imaginamos, pues no sólo están las divisiones en Estados, sino que dentro de éstos encontramos más de un sistema jurídico oficial, como los Estados compuestos formados por estados federados¹⁷⁴; entonces “la pluralidad y diversidad jurídica no se agota en la diversidad de ordenamientos estatales”¹⁷⁵. En consecuencia, la relación privada internacional transita por fronteras estrictamente jurídicas y no políticas.¹⁷⁶

¹⁷² Cf. DELGADO BARRETO, César, DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y César Lincoln CANDELA SÁNCHEZ, “*Introducción al Derecho Internacional Privado*”, Tomo I, Op. cit., p. 27.

¹⁷³ CARRASCOSA GONZÁLES, Javier. “*Globalización y Derecho Internacional Privado en el Siglo XXI*”. Anales de Derecho, Universidad de Murcia, N°22, 2004, p. 37. Consultado el 25 de enero de 2012. <<http://revistas.um.es/analesderecho/article/view/80941>>.

¹⁷⁴ CASTILLO ZEVALLOS, Henry. Op. cit. pp. 96.

¹⁷⁵ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Derecho internacional privado. Introducción a sus problemas fundamentales*, Tercera edición, Madrid: Tecnos, 1985, p. 23.

¹⁷⁶ *Ibíd.*

1.2. Los métodos del derecho internacional privado.-

En este camino que sigue el Derecho internacional privado hacia la reglamentación de su objeto encontramos una división en la doctrina clásica y la doctrina moderna. La doctrina clásica por muchos años consideró al método conflictual –indirecto o de atribución- y a las normas que éste emplea –norma de conflicto- como único método del Derecho Internacional Privado, a pesar que ha coexistido con éste otros métodos de solución para los problemas de tráfico externo. En cambio, la doctrina moderna ha reconocido otros métodos los cuales tienen una importante función en la reglamentación de la relación privada internacional, debido a las nuevas herramientas con que contamos hoy, el método conflictual resulta insuficiente para regular este nuevo contexto pero no ha perdido su predominancia y sigue siendo considerado el más importante. Hoy, la doctrina moderna reconoce la existencia de un pluralismo metodológico como consecuencia de este proceso de transformación del Derecho Internacional Privado.¹⁷⁷

El Derecho Internacional Privado establece tres métodos reconocidos por la doctrina: El método conflictual, el método materialista y el método autolimitativo. Estos tres métodos se constituyen de manera autónoma, pero de ninguna manera un método puede capturar el fenómeno transfronterizo de forma exclusiva, llevando a la necesidad de ir a la complementariedad metodológica.¹⁷⁸ En el mismo sentido, el profesor CARRILLO SALCEDO nos dice: *“actualmente resulta fundamental tomar conciencia no solamente de la pluralidad de métodos de reglamentación con los que cuenta el Derecho Internacional Privado, si no también de las relaciones de complementariedad que puede existir entre los mismos. El Derecho Internacional Privado debe dar una solución a la cuestión de fondo de las situaciones planteadas.”*

Encontramos en este pluralismo metodológico del que habla la doctrina moderna la coexistencia de los tres métodos normativos para formular la norma de derecho internacional privado, estos son, el método conflictual (método indirecto), b) el método

¹⁷⁷ Ídem., pp, 55-56.

¹⁷⁸ Cf. ZEVALLOS CASTILLO, Henry. Op. cit. pp. 103.

sustantivista (método directo o de creación), c) el método autolimitativo (método intermedio), los que desarrollaremos a continuación.

1.2.1. Método conflictual.-

El método conflictual llegó a considerarse el único método del Derecho Internacional Privado por la doctrina clásica, aún hoy, sigue viéndose éste como uno de los métodos más importantes del Derecho Internacional Privado.

Se le denomina también método de elección o de atribución, o método indirecto, tiene sus antecedentes en el siglo XIII en Italia, cuando ésta estaba conformada por ciudades-estados y existiendo un pluralismo de ordenamientos jurídicos los glosadores de aquella época pensaban que en casos de la existencia de la relación privada internacional no siempre era aplicable la *lex fori* (Derecho material del juez) para solucionar algunas controversias de estas relaciones jurídicas, sino que era mejor aplicar el Derecho material procedente de otro sistema jurídico: la *lex causae* (Derecho extranjero) con la cual las relaciones privadas internacionales presentarían algún contacto.¹⁷⁹

El método conflictual tiene como función ubicar o localizar la relación privada internacional con el sistema jurídico que presente mayores vínculos, respetando el factor de extranjería de la relación jurídica, en tal sentido excluye toda regulación a las normas de un solo y exclusivo ordenamiento.¹⁸⁰ Por ello es considerado “(...) un método de reglamentación “indirecto”: su cometido es localizar la situación internacional en un país concreto, cuyo ordenamiento jurídico proporcionará la solución concreta a la situación privada internacional objeto del litigio”¹⁸¹.

Este método emplea la *norma conflictual* para la reglamentación de la relación privada internacional. Esta norma tiene tres características fundamentales: a) formal, puesto que no

¹⁷⁹ Cf. ZEVALLOS CASTILLO, Henry. “La dimensión internacional de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas y el Derecho internacional privado: Bases para un marco jurídico del patrimonio cultural inmaterial”. Op. cit., p. 104.

¹⁸⁰ Cf. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Op. cit., p. 89.

¹⁸¹ CALVO CARAVACA, Alfonso y Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ. Op. cit., p. 152.

contiene disposiciones de Derecho material que concretamente regulen a la relación privada internacional¹⁸²; b) indeterminada, porque no resuelve el fondo del problema en cuestión, sino que indica la norma material que dará solución al caso; y c) bilateral, ya que la ley designada por ésta puede ser tanto una ley extranjera, como la propia ley nacional del foro.¹⁸³ Y está compuesta por tres elementos: 1) el supuesto de hecho, formado por conceptos y/o categorías jurídicas, más o menos concretas o generales¹⁸⁴; 2) el factor o punto de conexión¹⁸⁵, es el elemento de la norma que sirve de nexo entre el supuesto internacional y un determinado país, y que el legislador utiliza para señalar el derecho aplicable a la situación privada internacional¹⁸⁶. Y 3) la consecuencia jurídica; “*es la aplicación de un concreto ordenamiento jurídico, ya sea español o extranjero que resolverá la controversia*”¹⁸⁷.

La esencia del método conflictual es la disociación entre la competencia legislativa y la competencia jurisdiccional, puesto que en la aplicación del método conflictual observamos que el juez de un Estado *no necesariamente* usará su norma interna para dar solución material al caso. Por ejemplo, tenemos una sucesión intestada de un nacional peruano, domiciliado en España, con bienes en el Perú y España. El juez peruano deberá aplicar el artículo 2100 CC cuya norma conflictual señala: “*La sucesión se regirá por la ley del último domicilio del causante*”, en el caso la ley material española.

Nos dice el profesor DELGADO BARRETO¹⁸⁸ que: “*reconocidos juristas como CARRILLO SALCEDO señalan que no existe realmente un conflicto entre los diferentes ordenamientos estatales, sino tan solo una pluralidad de ordenamientos jurídicos con que*

¹⁸² Cf. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, Op. cit, p. 133.

¹⁸³ Cf. DELGADO BARRETO, César, DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y César Lincoln CANDELA SÁNCHEZ. “*Introducción al Derecho Internacional Privado*”. Tomo I. Op. cit, p. 62.

¹⁸⁴ CALVO CARAVACA, Alfonso y Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ. “*Derecho Internacional Privado*”. Op. cit, p. 164.

¹⁸⁵ “*Este elemento se nos presenta como el más característico de la norma conflictual ya que permite la internacionalización de la reglamentación, a través de la localización de la relación a regular en el ordenamiento estatal con el cual ésta guarde una vinculación más estrecha*”. DELGADO BARRETO, César, DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y César Lincoln CANDELA SÁNCHEZ. “*Introducción ...*”. Tomo I. Op. cit, p. 64.

¹⁸⁶ Ídem., p. 165.

¹⁸⁷ CALVO CARAVACA, Alfonso y Javier, CARRASCOSA GONZÁLES. “*Derecho ...*”. Op. cit, p. 174.

¹⁸⁸ DELGADO BARRETO, César, DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y César Lincoln CANDELA SÁNCHEZ. “*Introducción al Derecho Internacional Privado*”, Tomo I, Op. cit., p. 60.

se halla conectada la relación privada internacional, donde el problema a solucionar es la elección del Derecho aplicable entre todos aquellos a los que ésta se encuentra vinculada". Cuya solución será dada por el factor de conexión que cada ordenamiento haya elegido para el supuesto de hecho.

El método conflictual incluso cuando continúa siendo el más predominante en el Derecho internacional privado, tiene dos críticas fundamentales: a) *"(...) se le ha reprochado que ignora la naturaleza propia y específica del tráfico externo al proporcionar una solución interna a un problema internacional"*, pues *"(...) remite la solución del caso a la ley material interna del Estado con el cual éste se encuentre más vinculado"*¹⁸⁹, lo que representa un obstáculo frente al comercio internacional, que requiere soluciones materiales directas dadas previamente para un tipo especial de relaciones internacionales, adaptadas específicamente a su carácter internacional y exclusivamente aplicadas a éstas¹⁹⁰; b) *"(...) desconoce las consecuencias de la progresiva intervención del Estado en las relaciones privadas, el creciente impacto del Derecho público sobre el Derecho privado, que no sólo ha traído consigo la transformación del Derecho privado sino, además, una fuerte tendencia hacia el foro"*¹⁹¹, lo que trae como consecuencia *"(...) no sólo otorgarle menor consideración al Derecho extranjero, sino en ocasiones la exclusión de la aplicación de la ley material extranjera en principio competente en campos y materias que el ordenamiento estatal considere fundamentales para los intereses del Estado y de la sociedad nacional"*¹⁹²

Como consecuencia de estos cuestionamientos surge la necesidad de buscar otras alternativas para reglamentar la relación privada internacional, reconociéndose hoy la importancia del método sustantivista o de creación y del método autolimitativo, lo mismos que desarrollaremos a continuación.

1.2.2. Método sustantivista o de creación.-

¹⁸⁹ DELGADO BARRETO, César, DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y César Lincoln CANDELA SÁNCHEZ. *"Introducción ..."*. Tomo I. Op. cit, p. 64.

¹⁹⁰ Ídem., p. 64.

¹⁹¹ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Loc. cit.

¹⁹² DELGADO BARRETO, César, DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y César Lincoln CANDELA SÁNCHEZ. *"Introducción ..."*. Tomo I. Op. cit, p. 65.

Este método consiste en “(...) proporcionar una solución específica, inmediata y sustantiva a las situaciones privadas internacionales”¹⁹³. No obstante, BOGGIANO¹⁹⁴ nos indica que: “no se trata ya de solucionar el caso mediante la aplicación de un Derecho nacional comúnmente aplicable a casos internos y multinacionales sin discriminación. Se trata de crear un nuevo Derecho privado nacional, adaptado especialmente a la naturaleza multinacional de los casos jusprivatistas, exclusivamente aplicables a estos”. En tal sentido, “este método reconoce que las relaciones jurídicas insertas en la sociedad internacional no pueden someterse a los mismos parámetros normativos que rigen las situaciones privadas internas, por ello prefiere el uso de fórmulas diseñadas exclusivamente para las relaciones de tráfico externo”¹⁹⁵. Cabe señalar que este método de reglamentación para alcanzar su objetivo necesita que exista una *comunidad de principios jurídicos* que le permitan llegar a soluciones realmente uniformes entre los ordenamientos jurídicos en presencia¹⁹⁶.

El método de creación utiliza las normas sustantivas especiales para dar a la relación jurídica una regulación material directa y específica, busca dar una solución preventiva que se adelante a la solución del problema y anticipe una solución material y directa, evitando así que generado el problema se produzca el conflicto de leyes.¹⁹⁷ Estas normas se clasifican en función de su fuente de creación en: a) normas étáticas, b) normas interetáticas y c) normas extraetáticas o transnacionales.

a) *Normas étáticas.*- Estas normas se forjan en el ámbito de un determinado Estado y deben su creación a una ley nacional; por lo que la relación privada internacional queda sometida a un Derecho privado nacional creado especialmente para regularla y exclusivamente aplicable a la misma.¹⁹⁸ Sus principales características son: “a) *intenta proyectar sus propios puntos de vista, sus propias categorías jurídicas, a la*

¹⁹³ CALVO CARAVACA, Alfonso y Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ. Op. cit, p. 152.

¹⁹⁴ BOGGIANO, Antonio. Derecho... Op. cit, p. 112.

¹⁹⁵ ZEVALLOS CASTILLO, Henry. Op. cit, p. 107.

¹⁹⁶ Cf. DELGADO BARRETO, César, DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y César Lincoln CANDELA SÁNCHEZ. “Introducción ...”. Tomo I. Op. cit, p. 66.

¹⁹⁷ Cf. *Ibíd.*

¹⁹⁸ Cf. TALICE, Jorge R. *Objeto y método en el Derecho Internacional Privado*. Montevideo: Editorial Grosf Service, 1986, p. 51.

reglamentación específica que establece; y b) olvida tomar en cuenta las soluciones previstas por otros ordenamientos jurídicos”¹⁹⁹. Siendo, en consecuencia, su objetivo “(...) velar por la cohesión y homogeneidad del ordenamiento del foro, y proyectar al plano internacional sus propias categorías jurídicas, sus propias soluciones jurídicas, las cuales muchas veces son opuestas a aquellas que tiene previstas para las relaciones internas”²⁰⁰. No obstante, tiene como limitación que descuida las soluciones previstas por otros ordenamientos para la misma situación en cuestión, observando solamente sus propios intereses y sus propias concepciones²⁰¹.

b) Normas interetáticas.- son creadas vías convenios internacionales. A través de ellas las relaciones privadas internacionales quedan sometidas a soluciones materiales uniformes creadas a partir de acuerdos entre los Estados,²⁰² de este modo proporcionan mayor estabilidad y seguridad al comercio internacional y a toda relación privada internacional en general.²⁰³ Sin embargo, presenta algunas limitaciones, tales como: 1) al ser aplicables sólo en el ámbito de su mandato expreso, hay ciertos aspectos de una misma relación privada internacional que no es alcanzada por ésta, quedando dichos aspectos en el dominio de la norma de conflicto; 2) No logra borrar la diversidad de ordenamientos y excluir el posible conflicto; y 3) la unificación es posible solo en algunas materias y, esto es, porque los Estados lo permiten, puesto que son materias donde existe un fondo común de principios jurídicos.²⁰⁴

c) Normas extraetáticas o transnacionales.- estas disposiciones nacen del comercio internacional por obra de los particulares, es un Derecho transnacional que se realiza en el ámbito de la nueva *Lex Mercatoria*²⁰⁵. Como consecuencia de los actos de comercio que han generado la concentración de poder económico y la dominación de ciertos sectores por determinadas empresas ejerciendo la misma actividad ha favorecido el desarrollo por ellos

¹⁹⁹ Cf. DELGADO BARRETO, César, DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y César Lincoln CANDELA SÁNCHEZ. “Introducción ...”. Tomo I. Op. cit, p. 71.

²⁰⁰ *Ibíd.*

²⁰¹ *Ídem.*, p. 73.

²⁰² Cf. TALICE, Jorge. Op. cit, p. 51.

²⁰³ DELGADO BARRETO, César, DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y César Lincoln CANDELA SÁNCHEZ. “Introducción ...”. Tomo I. Op. cit, p. 72.

²⁰⁴ Cf. *Ídem.*, p. 75.

²⁰⁵ FERNÁNDEZ ROZAS, José y SÁNCHEZ, LORENZO, Sixto. “Curso...Op. cit, 134-135.

mismo de estas normas, al margen de los Estados, puesto que son aquellos los propios interesados en acatarlas²⁰⁶. Sin embargo, no puede decirse que el rol del Estado ha sido desplazado en el comercio internacional por estas normas de los particulares porque son aquéllos quienes a través de Convenios internacionales establecen las regla macro del tráfico externo; participan como agentes del mercado; o intervienen sus tribunales y autoridades por la ausencia en la sociedad internacional de una jurisdicción omnímoda sobre las materias propias de este Derecho transnacional²⁰⁷; en consecuencia, debemos admitir que la nueva *lex mercatoria* solo tendrá vigencia en tanto que los ordenamientos estatales lo toleren y lo consientan²⁰⁸.

1.2.3. Método de autolimitativo.-

Este método se caracteriza por dotar de exclusivismo a ciertas normas imperativas o de orden público de un ordenamiento jurídico en la regulación de la relación privada internacional, buscando a través de ellas salvaguardar la organización política, social y económica de un país²⁰⁹. Estas normas excluyen la eventual aplicabilidad de un Derecho material extranjero, así como la voluntad diversa de las parte; son normas exclusivistas pues se ocupan de autolimitar la esfera de aplicación espacial exclusiva al derecho material propio, sin observar las circunstancias que puedan hacer competente a un Derecho material extranjero²¹⁰. Este exclusivismo del derecho material propio se justifica en el “(...) carácter de insustituible de ciertas normas materiales internas para proteger determinados intereses nacionales. Se trata de una concepción de orden público que considera determinadas normas internas absolutamente necesarias para salvaguardar dichos intereses nacionales”²¹¹, la coherencia y viabilidad de la estructura social, política, cultural y económica diseñada y adoptada por un país²¹².

²⁰⁶ Cf. RIGAUX, François. Op. cit, p. 84.

²⁰⁷ Cf. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Op. cit, pp. 126-127.

²⁰⁸ Ídem., p. 126.

²⁰⁹ FRANCESKAKIS, Phocion. “Quelques précisions sur les lois d’application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois”. *Revue critique de droit international privé*, París, 1966, p. 13.

²¹⁰ Cf. BOGGIANO, Antonio. “Derecho... Op. cit, p. 118.

²¹¹ *Ibid.*

²¹² CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Op. cit, pp. 42- 43.

Las normas del método autolimitativo podemos clasificarlas en: a) normas internacionalmente imperativas, se refieren al carácter imperativo que en el orden internacional tienen determinados sectores normativos del Derecho privado, en especial en material contractual, de modo que estas reglas se mantienen firmes independientemente de la elección de un derecho extranjero por las partes en un contrato internacional; y b) las leyes de policía (*lois de police*), se refieren a las normas de derecho público que justifican su extraterritorialidad en el ámbito internacional.²¹³

1.3. El concurso en su dimensión internacional

A pesar de que el concurso internacional es uno de los problemas más importantes del comercio internacional recién a finales del siglo pasado se le dio un campo de estudio propio, que se ha denominado el Derecho del concurso internacional. Antes sólo se habían dado algunos casos aislados como: el primer proceso de ejecución colectiva transnacional en contra de la *Compagnie Universelle Interocéanique du Canal de Panamá* organizada por Ferdinand de Lesseps, el 1 de agosto de 1900, el Tribunal del Sena en París decreta la insolvencia internacional de la compañía multinacional del canal francés; y tres lustros después se realizó la primera conferencia sobre “Conflicto de leyes en materia de quiebra internacional” por profesor ROLIN en la Academia de Derecho Internacional de la Haya (1926)²¹⁴. La bonanza económica luego de la Segunda Guerra Mundial no permitió que se observaran muchas situaciones concursales y por lo tanto no se le dio importancia; sin embargo, la crisis económica de los setenta generó el colapso de importantes entidades financieras de distintas nacionalidades, vinculadas a la financiación del comercio internacional, que unido a la recordada sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Barcelona Traction Light and Power* (1970), manifestaron la complejidad de los concursos internacionales, las relaciones que se ven afectadas y el lamentable estado en que se encontraba el Derecho Internacional para hacer frente a este problema.

²¹³ GONZALO QUIROGA, Marta. “*Normas imperativas y el orden público en el arbitraje privado internacional*”. Tesis de doctorado en Derecho. Madrid: Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho internacional público y Derecho internacional privado, 2000, pp. 89-91. Consulta: 17 de enero de 2012. <http://eprints.ucm.es/tesis/der/ucm-t24965.pdf>.

²¹⁴ BOUTIN I., Guillermo. “*La insolvencia transfronteriza en el derecho internacional privado uniforme y el Código Bustamante*”. En FERNÁNDEZ ARROYO, Diego y DREYZIN de KLOR, Adriana (Coordinadores). *Derecho del Comercio Internacional y temas de Actualidad: Insolvencia Transfronteriza*. Op. cit. pp. 106-107.

En 1971 el reconocido interconista PASTOR RIDRUEJO daría un curso en la Academia de Derecho Internacional de la Haya sobre “*La quiebra en el Derecho Internacional Privado*”, y, al inicio de los noventa, en este mismo lugar el profesor P. VOLKEN daría una conferencia sobre “La armonización del derecho internacional privado de la quiebra”. Esta reaparición del derecho concursal, en el plano internacional, ha buscado replantear las posturas mantenidas en esta materia, para encontrar actitudes y soluciones acordes con la naturaleza y objetivos últimos de la institución²¹⁵. Desde entonces el tema es tratado por los países desarrollados, principalmente, y algunas organizaciones vinculadas al comercio. Hoy una nueva etapa de crisis económica mundial vuelve a poner al concurso internacional como un tema clave para sobrellevar los procesos concursales que aquejan a las empresas que se ven afectadas por este nuevo contexto económico.

La crisis económica mundial tiene su explicación, entre otros factores, señala el profesor JESÚS HUERTA DE SOTO, en la expansión crediticia ficticia orquestada por los bancos centrales que han generado que los empresarios invirtieran donde no debían²¹⁶. La crisis empezó en el 2008 en los Estados Unidos, con una fuerte crisis crediticia e hipotecaria²¹⁷ que afectó a la burbuja inmobiliaria que ya venía perjudicando a la economía norteamericana. Esta crisis tiene su antecedente en el año 2007 cuando muchos bancos y entidades financieras quebraron y el Banco Central tuvo que intervenir con un cuantioso aporte económico para dar liquidez al sistema bancario. En setiembre del 2008 la situación se agrava puesto que importantes entidades financieras relacionadas con el mercado de las hipotecas inmobiliarias se declaran en bancarrota y el gobierno americano tuvo que intervenir para salvar a algunas de estas entidades por los grandes rezagos que su salida del

²¹⁵ ESPLUGUES MOTA, Carlos. “*La Quiebra Internacional*”. *Estudio comparado de los nuevos desarrollos doctrinales y legislativos en la materia, con especial referencia a las perspectivas de reforma del modelo español*. Barcelona: José María Bosch Editor S.A. 1993., pp. 20-21.

²¹⁶ “Entrevista a Jesús Huerta”. En: Liberalismo online. <<http://liberalismoonline.wordpress.com/2010/05/09/entrevista-a-jesus-huerta-de-soto-2/>>. Citado en: “Crisis económica 2008-2012”. Consultada el 25.01.2012. <<http://liberalismoonline.wordpress.com/2010/05/09/entrevista-a-jesus-huerta-de-soto-2/>>

²¹⁷ Cabe señalar que esta crisis crediticia e hipotecaria es consecuencia de los préstamos que los bancos irresponsablemente han otorgado a personas sin respaldo económico a cambio de un interés mayor, generalmente préstamos hipotecarios. A esto se sumó la baja en el precio de los inmuebles que generó que los bancos no puedan recuperar el importe de los créditos otorgados.

mercado podría causar a la economía norteamericana²¹⁸. En el verano del 2011 la crisis también afectó la deuda soberana norteamericana lo que provocó que la agencia de calificación crediticia *Standard & Poor's*, el día viernes 05 de agosto de 2011 rebajara la calificación para la deuda de los Estados Unidos de América de "AAA" a "AA+".²¹⁹ Luego la crisis se extendió a Europa, afectando a algunos países -que cayeron en recesión- más que a otros -que crecieron muy débilmente-. Esto se vio reflejado en el Producto Bruto Interno -en el segundo trimestre del año 2008- de la zona euro que bajó en 0.2% y en 0.1% en la Unión Europea²²⁰ y que pese al ligero incremento en el 2011 de 1.6% en la zona euro se pronosticó con una baja de 0.5% en el 2012; asimismo, tuvieron las más altas tasas de desempleos en su historia en el año 2011.²²¹ Uno de los países más perjudicado con la crisis fue España, al verse afectado el “boom inmobiliario” y la caída de las ventas muchas empresas del sector de la construcción se tuvieron que declarar en suspensión de pago, entre ellas Martinsa-Fadesa con un pasivo de 4.000 millones de euros, la mayor cantidad en la historia de España²²². Esto generó el alza de la tasa de desempleo en España que ha sido difícil de controlar, llegando a una tasa de desempleo de 22.9% en el tercer trimestre del 2011, el 2.5% más que el año anterior²²³.

La crisis continúa llevándose a las empresas en España, en febrero del 2011 según los datos que proceden del fichero de Cuentas de Cotización a la Seguridad Social del Régimen

²¹⁸ Para más información leer los artículos: “EEUU inyecta 200.000 mln usd para Fannie Mae y Freddie Mac”. Consultada el 25.01.2012. <<http://www.eleconomista.es/empresas-finanzas/noticias/739114/09/08/EEUU-Tesoro-inyecta-200000-mln-usd-para-Fannie-Mae-y-Freddie-Mac.html>> y “Wall Street cae tras la quiebra de Lehman Brothers y la venta de Merrill Lynch”. Consultada el 25.01.2012. <<http://www.eleconomista.es/mercados-cotizaciones/noticias/751842/09/08/Wall-Street-cae-tras-la-quiebra-de-Lehman-Brothers-y-la-venta-de-Merrill-Lynch.html>>.

²¹⁹ “Crisis en los Estados Unidos”. Consultada el: 24.01.2012. <http://es.wikipedia.org/wiki/Crisis_econ%C3%B3mica_de_2008-2012#cite_note-0>.

²²⁰ “Las últimas previsiones del FMI auguran que el PIB de la zona euro pasará de crecer un 1,6% en 2011 a retroceder un 0,5% este año, lo que representa un retroceso de 2,1 puntos”. En: “La Nueva recesión hará perder a la zona euro 1,5 millones de empleos”. Consultada el 24.01.2012. <http://www.cinco dias.com/articulo/economia/nueva-recesion-hara-perder-zona-euro-millones-empleos/20120126cdscdieco_1/>.

²²¹ En noviembre del 2011, las tasas de desempleos marcó en la Eurozona un 10,3%, 3 décimas más respecto al año 2010 y la Unión Europea un 9,8%, 2 décimas más que el año anterior, los niveles más altos desde que existen estos datos. En: “Tasa de paro en Europa 2012”. Consultada el: 24.01.2012. <<http://tasadeparo.com/tasa-de-paro-en-europa-2012.html>>.

²²² “Consecuencias sobre la economía española”. Consultada el: 24. 01.2012. <http://es.wikipedia.org/wiki/Crisis_econ%C3%B3mica_de_2008-2012#cite_note-31>.

²²³ “Tasa de paro en Europa 2012”. Consultada el: 24. 01. 2012. <<http://tasadeparo.com/tasa-de-paro-en-europa-2012.html>>.

General y de la Minería del Carbón más de 430 empresas cierran cada día luego de 3 años después del inicio de la crisis, que equivale a que 178.468 empresas se han visto obligadas a cerrar. Esto indica que el 12.7% de las empresas que han desaparecido desde el 2007, en su mayoría PYMES, han sido afectadas en porcentajes de 18,9%, 14,7% y 8,5%, mientras que las empresas grandes han descendido en un 3%. El sector de empresas más afectado con las medidas de ajuste por la crisis ha sido el de la construcción unas 94.780 empresas relacionadas a este sector han desaparecido en apenas tres años, es decir una de cada dos compañías.²²⁴

Los datos recogidos por la consultora gestión de cobro *Intrum Justicia* revelaron que el 40% de las empresas españolas están en peligro de supervivencia por los retrasos en los pagos. En números tendríamos que **1,4 millones** de negocios en España están en peligro de extinción, si consideramos que al 1 de enero de 2011 existían, según el Instituto Nacional de Estadística, -en cuanto a sociedades mercantiles creadas- 3,25 millones de empresas. Un panorama más angustiante se presenta en otros Estados, en el ranking por países con empresas amenazadas destaca el Reino Unido (55%), Chipre y Grecia (53%). De otro lado, los países cuyos negocios presentan más seguridad Bélgica y Suiza con un 11%. La media europea es del 28%.²²⁵

En el 2012 ha continuado la crisis poniendo a más países en recesión obligando a los Estados a tomar diversas políticas de ajuste, especialmente en los sectores de salud y educación. En respuesta a ello se han producido grandes manifestaciones de protestas contra dichas medidas. El incremento de estas movilizaciones convocadas por las organizaciones sindicales, políticas y sociales ha sido evidente en países como Portugal, Polonia, Francia, Alemania, Bélgica, España y Grecia. Las protestas vienen siendo reprimidas violentamente²²⁶. El gobierno francés también se ha unido a estos ajustes

²²⁴ SÁNCHEZ, Carlos. “Más de 430 empresas cierran cada día tres años después del inicio de la crisis”. En: ElConfidencia.com. Consultada el 23.01.2012. <<http://www.elconfidencial.com/en-exclusiva/2011/empresas-cierran-despues-inicio-crisis-20110218-74998.html>>.

²²⁵ SÁNCHEZ, María. “El fantasma de la quiebra asecha a las empresas españolas”. En: MuyPymes.com. Consultada el 23.01.2012. <<http://www.muypymes.com/2011/08/17/el-fantasma-de-la-quiebra-acecha-a-las-empresas-espanolas>>.

²²⁶ Agencia de noticias AVN, “Miles de europeos se movilizaron para rechazar políticas de ajuste”, 30 de setiembre de 2012. Consultada el 01.10.2012.< <http://www.avn.info.ve/node/135085>>.

haciendo aumentos en impuestos sobre los sectores más poderosos y recortes en su presupuesto del 2013 en gastos del Estado y seguridad social.²²⁷

Este escenario económico se ve reflejado en el sector empresarial, observamos que la economía española es la que más ha sufrido tiene el mayor incremento en el número empresas que entran a un procedimiento concursal en esta última crisis. Son los llamados “países periféricos”, estos son, Irlanda, Portugal, Italia y España (con la excepción de Grecia, cuyos datos no reflejan fielmente la realidad empresarial griega), aquellos cuyos campos empresariales más han sufrido los efectos de la crisis, al experimentar todos ellos incrementos acumulados en los concursos de acreedores desde el inicio de las crisis superiores al 80%. En el caso de Irlanda y España, el aumento supera el 200%. La difícil situación que atraviesa el sector empresarial en España, empeora, si en el 2011 se recogió un incremento en los concursos de acreedores del 16,7% interanual, la previsiones del Gabinete de Estudios de AXESOR para 2012 recogen un aumento del 27,5%.²²⁸ El economista González ha señalado que *"la situación no mejorará hasta que vuelva a fluir el crédito"*. Esto es, hasta que el Gobierno "estabilice el sistema financiero". El caso del eventual rescate a los bancos con fondos públicos, lo apoya siempre que *"las entidades se vean obligadas a retornar estos fondos con intereses, pero no si el préstamo público acaba repercutiendo en los ciudadanos o las empresas"*.²²⁹

1.3.1. *Carácter privado e internacional del concurso.-*

Para ubicar al concurso dentro del objeto de estudio del derecho internacional privado debemos determinar el carácter privado de esta relación jurídica y el elemento internacionalmente relevante. A través de los siguientes conceptos desarrollados respecto al concurso transfronterizo distinguiremos ambos elementos.

²²⁷ Francia, Crisis Económica, 28 de setiembre de 2012, Consultada el 01.10.2012. <<http://www.aimdigital.com.ar/aim/2012/09/28/francia-crisis-economica/>>.

²²⁸ RAMOS, Francisco, “España lidera el aumento de los procedimientos formales de insolvencia desde el inicio de la crisis. ¿Por qué?”, consultada el 10. 09.2012. <<http://www.axesor.es/BLOG/post/2012/07/18/Espana-lidera-el-aumento-de-los-concursos-acreedores-Europa.aspx>>

²²⁹ GONZALES, Josep, “500 empresas catalanas se han declarado en concurso durante el primer trimestre”, Diario: El País, 08 de Mayo, 2012, consultada el 05.06.2012. <http://ccaa.elpais.com/ccaa/2012/05/08/catalunya/1336476450_272844.html>

El profesor IAN FLETCHER²³⁰ señala: *“muchos son los diferentes factores capaces, ya sean solos o en combinación, que otorgan carácter de internacional a un caso de insolvencia. El deudor probablemente ha tenido relaciones comerciales con una o más partes de otros países, o puede ser propietario o tener intereses en propiedades los cuales no estarán exclusivamente dentro de una jurisdicción de un mismo Estado. Los pasivos pueden ser deudas cuyas conexiones están vinculadas predominantemente con un país diferente al cual el deudor está asociado; u obligaciones importantes probablemente regidas por una ley extranjera, posiblemente celebradas fuera del país del deudor o que deban ser realizadas en el extranjero”*.²³¹

Asimismo, profesor SOTOMONTE MUJICA²³² considera que el carácter transfronterizo de la insolvencia se da: *“cuando quiera que exista un ingrediente internacional en la red generada a través de la actividad económica y la interacción comercial afectada por la insolvencia (...) cuando quiera que exista una norma aplicable²³³, un bien, un acreedor y, en general, un elemento de un Estado distinto a aquel en el que el deudor se encuentre domiciliado”*.

Para la doctora SCOTTI una situación de impotencia patrimonial puede calificarse de internacional, cuando se hallen elementos extranjeros, *“tales como un patrimonio internacionalmente disperso y/o la existencia de acreedores locales y extranjeros*.

²³⁰ FLETCHER, Ian F. *“Insolvency in Private International Law”*. National and International Approaches. New York: Oxford University Press. Second Edition. 2005. pp. 5-6.

²³¹ Original en Inglés: *“Many different factors are capable, either singly or in combination, of imparting a cross-border dimension to a case of insolvency. The debtor may have had dealing with one or more parties from the other countries, or may own or have interests in property not all of which is exclusively within the jurisdiction of a single state. Liabilities may be owed to parties whose forensic connections are predominantly with a different country to that with which the debtor is associated; or the relevant obligations may be governed by foreign law, may have been incurred outside the debtor’s home country, or may be due to be performance abroad”*.

²³² SOTOMONTE MUJICA, David. *“Insolvencia Transfronteriza. Evolución y estado de la materia”*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2009, pp. 30.

²³³ Cabe señalar que la posible aplicación de una norma extranjera es posterior a calificar a una relación privada como internacional, en tal sentido, el elemento extranjero relevante de una relación jurídica no podría ser la norma extranjera de posible aplicación.

*Precisamente ese carácter de internacional del fenómeno es el que convoca al Derecho Internacional Privado”.*²³⁴

La Comisión de Naciones Unidas para Unificación del Derecho Mercantil, en adelante CNUDMI o UNCITRAL (por sus siglas en inglés)²³⁵, entendió que los elementos clave para hablar de insolvencia transfronteriza son: a) que curse un procedimiento interno de acuerdo a las reglas internas de cada país, y b) que se dé algunos de los criterios de presencia de bienes en más de un Estado y/o acreedores que no sean ciudadanos del Estado donde se adelanta un procedimiento de insolvencia²³⁶.

También es importante resaltar lo que dice el profesor WILCHEZ DURÁN: *“en la actualidad el concepto de insolvencia transfronteriza solo tiene cierto consenso desde el punto de vista adjetivo, mas no desde el punto de vista sustancial, por cuanto sólo hay acuerdo sobre qué convierte a una insolvencia en transfronteriza pero no cuándo se configura una situación de insolvencia (...)”.*²³⁷ Esto se ve reflejado en las legislaciones internas sobre concurso, donde algunas optarán por la insolvencia relativa y otras por la insolvencia absoluta del deudor para admitir la apertura de un procedimiento concursal.

En suma, de lo expuesto se observa el carácter privado de esta relación jurídica, acreedor-deudor, vinculados por un derecho de crédito del acreedor sobre el deudor, que nace, en gran medida, por las operaciones comerciales que realiza el deudor en diversos Estados. Asimismo, todos los conceptos reconocen los elementos extranjeros relevantes que dan carácter de internacionalidad al concurso, llamado también insolvencia transfronteriza, estos elementos extranjeros son: a) el patrimonio internacionalmente disperso del deudor, tales como, los contratos internacionales, la ejecución de dichos contratos en el extranjero,

²³⁴ SCOTTI, Luciana B. “La Insolvencia Internacional a la Luz del Derecho Internacional Privado Argentino y de Fuente Interna”. En: *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”*. Año 1. N° 1. 2007. Pp. 160. Consultada: 10. Octubre de 2010. <http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0001A001_0008_investigacion.pdf>

²³⁵ Estas son sus siglas en inglés y es como usualmente es conocida: United Nations Commission on International Trade Law.

²³⁶ WILCHEZ DURÁN, Rafael. “Insolvencia Transfronteriza en el derecho colombiano”. Universidad del Norte. En: *Revista de Derecho Barranquilla*. 2009. p. 167. Consulta: 16 Julio de 2010. <<http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/32/7%20LA%20INSOLVENCIA%20TRANSFRONTERIZA.pdf>>

>

²³⁷ *Ibíd.*

los bienes del deudor ubicados en otros países, etc.; y b) los acreedores del deudor que se encuentren en un Estado diferente al domicilio del deudor.

Habiendo observado el contexto económico de crisis actual que ha llevado a muchas empresas transnacionales a verse involucradas en un concurso internacional y definido el concurso internacional pasaremos a analizar su formación y causas, cuyo escenario es perfecto para la actuación del Derecho internacional.

1.3.2. Causas que dan origen al concurso internacional como objeto de estudio del Derecho Internacional Privado.

Se ha mencionado que los principales factores que originan la relación privada internacional son: el cosmopolitismo humano y la pluralidad y diversidad de ordenamientos. Estos elementos se ven reflejados en las situaciones que describen los autores cuando abordan el tema del concurso internacional y las causas que originan este fenómeno, como lo veremos a continuación.

Nos dice el profesor ESPLUGUES MOTA²³⁸ que la quiebra por ser un procedimiento de ejecución universal afecta a todos los sujetos que tengan alguna relación con el deudor, y quien luego de ser declarado en quiebra ve perjudicado la titularidad de su patrimonio y su estado personal. Esta situación proyectada al tráfico externo da lugar a la actuación del Derecho internacional privado, que debe ayudar en la búsqueda de armonizar dos factores antagónicos: 1) el carácter estratégico de la materia concursal y su regulación eminentemente nacional, y 2) la interconexión de la economía mundial, y la exigencia de soluciones armónicas en este sector. Respecto al primer factor nos dice el autor que el desarrollo normativo de la quiebra refleja las tendencias de la economía nacional, por lo que estas normas tienen una clara condición nacional. Distinguimos en este factor dos situaciones: a) las diferentes soluciones a la quiebra de acuerdo a cada ordenamiento nacional, a pesar de que existen tres grandes sistemas en materia concursal –el anglosajón, el latino y el germánico- no existe un modelo uniforme dentro de éstos ya que las

²³⁸ Cf. ESPLUGUES MOTA, Carlos. “La Quiebra Internacional”... Op. cit., pp. 19-20.

soluciones de las legislaciones internas de cada país difieren, y b) la trascendencia económica de la materia concursal da paso a una respuesta estatal nada imparcial, que impide avanzar en el proceso de codificación internacional. Respecto al segundo factor señala que la internacionalización de la actividad comercial compromete la actividad de sus actores en más de un país, por lo mismo, la presencia de activos y deudas en más de un Estado; que exigen soluciones uniformes que aseguren un grado de seguridad.

Para el Doctor ARAYA²³⁹ una de las causas del concurso internacional es el incremento del comercio internacional característica del mundo globalizado de hoy, donde instrumentos como el internet y otros han hecho posible la eliminación de barreras para la circulación de ideas, servicios, personas y capitales, que ha generado economías cada vez más integradas.

Actualmente la capacidad de expansión comercial hace que los comerciantes proyecten sus actividades más allá de las fronteras de un Estado, ya sea por actos aislados o estableciendo sucursales y/o filiales. Esto trae como consecuencia que los bienes, créditos y deudas puedan encontrarse en un territorio distinto del domicilio comercial de la empresa²⁴⁰, lo que podemos considerar “*un patrimonio internacionalmente disperso*”, cuya existencia, ante una situación de crisis profunda de la empresa, puede generar un concurso internacional²⁴¹.

En el mismo sentido para la profesora SCOTTI²⁴² la globalización de la economía internacional, la expansión de intercambios e inversiones en el mundo, el protagonismo que han alcanzado los grupos económicos transnacionales por sus actividades extraterritoriales, entre otros, son elementos determinantes que han incrementado los casos de insolvencia transfronteriza. En consecuencia, señala la autora²⁴³: “*La ausencia de previsibilidad y de incertidumbre de los regímenes de insolvencia internacional perjudica, el desarrollo económico, el comercio internacional, los flujos de capitales, desalienta las inversiones extranjeras y aumenta el riesgo país*”.

²³⁹ ARAYA, Tomas. “Tendencias Actuales sobre la Insolvencia Transfronteriza: Una visión desde Argentina”. En: *ADVOCATUS*. Lima: Universidad de Lima, N°12, 2005 I, p, 119.

²⁴⁰ Cf. WÜRST, Walter J. “La quiebra extranacional”. En: *Revista de Derecho Comercial*. Buenos Aires: Ediciones del Palma. Año 29, 1996, p, 444.

²⁴¹ RODRÍGUEZ, Mónica. “*El régimen argentino de concursos y quiebras internacionales*”. Consultada:

²⁴² Cf. SCOTTI, Luciana B. Op. cit., p, 158.

²⁴³ Ídem, p, 159.

Asimismo, el profesor IAN FLETCHER²⁴⁴ nos habla de la diversidad de leyes nacionales de insolvencia, en las cuales pese a que es posible encontrar atributos de la insolvencia universalmente reconocidos y entendidos, la actitud que toma cada Estado hacia este fenómeno es variable, así como las consecuencias sociales y legales para el deudor en problemas. Hay una íntima correlación entre la insolvencia, y las fuentes de política y orden social que influyen en la inspiración de las normas nacionales sobre esta materia; algunos ordenamientos pueden tener políticas para mejorar la situación del deudor en problemas o para proteger los créditos expuestos a pérdida. Las diferencias en los ordenamientos se pueden observar en el manejo de concurso, el contenido de las normas procesales o materiales que llevan a tener resultados diferentes dependiendo de la ley que es aplicada en cada caso concreto. Entonces son la interacción entre las partes de diversos países y los diferentes sistemas legales los que generan una situación potencial para dar paso a la insolvencia transfronteriza, en el cual los negocios del deudor están de algún modo conectados con más de una jurisdicción.²⁴⁵

De lo expuesto podemos distinguir que el concurso transfronterizo tiene origen en: a) el *cosmopolitismo humano* reflejado en las relaciones de comercio internacional, estas actividades que fácilmente traspasan las fronteras de un Estado a otro, hoy no sólo se tiene en cuenta para estas actividades el desplazamiento físico, sino también se cuenta con instrumentos electrónicos que nos permiten realizar negocios en el ciberespacio, de este modo se ha facilitado y multiplicado las relaciones comerciales internacionales, dando la posibilidad de que el deudor tenga un *patrimonio internacionalmente disperso y acreedores en varios Estados*. Y b) *La pluralidad de ordenamientos* reflejada en la diversidad normativa sobre las normas nacionales de insolvencia de cada Estado.

1.3.3. La importancia de los métodos del derecho internacional privado para regular el concurso internacional.

²⁴⁴ Cf. FLETCHER, Ian F. Op. cit. pp. 4-6.

²⁴⁵ *Ibíd.*

“El método de cualquier disciplina se encuentra condicionado por su objeto (...)”²⁴⁶

La frase expuesta nos permite reflexionar sobre la complejidad intrínseca de esta relación privada internacional, el concurso transfronterizo. No es fácil encontrar en un sólo método la solución para regular el problema que éste genera. A continuación observaremos como operan los métodos del Derecho internacional privado para regular esta situación.

El profesor BOGGIANO manifiesta que en el caso de concursos estamos ante un conflicto de leyes cuando, por ejemplo, se inicia un procedimiento concursal a un deudor domiciliado en Argentina, con negocios, bienes y acreedores en Colombia y Estados Unidos. ¿Cuál sería la ley que aplicará el juez argentino para resolver la prelación legal y adjudicación de bienes? Él puede recurrir a su *lex fori*, que es la ley de apertura del concurso, o puede aplicar la *lex fori* para los bienes que están en su territorio y la *lex causae* para los bienes que se encuentran fuera, por ser la ley donde se encuentran los bienes. Cada una de estas normas da una solución diferente al caso y tienen vocación de ser aplicadas, esto genera lo que la doctrina llama un *conflicto de leyes*. Para resolver la controversia, el juez deberá usar el método conflictual, por lo que consultará su *norma de conflicto* cuya característica es dar solución al caso mediante la elección indeterminada o indirecta del derecho material nacional o un derecho material extranjero. Esta elección puede establecer la aplicación de la ley material *fori* o la ley material *causae*, encontrándose ambos derechos en pie de igualdad para la elección indeterminada de la norma de conflicto, lo que se le conoce como elección neutral, es decir, que no existe una preferencia por el contenido de los derechos materiales que pueden elegirse.²⁴⁷ No obstante, nos señala que: “*pese a que la lex fori y la lex causae están en posición de igualdad en cuanto su elección del derecho aplicable, en cuanto a su aplicación del derecho competente la ley extranjera está subordinada a los principios fundamentales del orden público*”.²⁴⁸

²⁴⁶ DELGADO BARRETO, César, DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y César Lincoln CANDELA SÁNCHEZ. “Introducción al Derecho Internacional Privado”. Tomo I. Op. cit. pp. 55.

²⁴⁷ Cf. BOGGIANO, Antonio. “Derecho Internacional Privado”. Op. cit. pp. 95.

²⁴⁸ *Ibíd.*

Asimismo, el profesor RIDRUEJO observa que los conflictos legislativos más importantes en la quiebra se presentan debido a la diversidad normativa respecto a la distribución de los bienes del deudor en la pluralidad de pagos, la cuestión está en determinar si la ley que rige el concurso puede extender sus efectos a otro Estado distinto de donde se abrió el procedimiento. Se encuentra entonces en conflicto la ley que rige la quiebra (*lex concursus*), que también tiende a regir la ejecución de los bienes, y la ley de la situación de los bienes (*lex rei sitae*) que pretende imponer sus criterios oponiéndose a la constitución de un derecho o la transmisión de un bien, por lo que se debe encontrar una coordinación entre ellas.²⁴⁹

Es posible observar la aplicación del método conflictual en materia concursal es algunas de las normas contempladas en el Reglamento Europeo de insolvencia. Por ejemplo, la norma que señala: “*el concurso se regirá por la ley del Estado de apertura del procedimiento, salvo las excepciones que el propio Reglamento contemple*”. Nos remite a la ley del juez que abre el procedimiento, esta es la ley del Estado donde el deudor tiene su centro de intereses principales, en el caso del procedimiento principal, y el lugar donde el deudor tenga un establecimiento comercial en el caso de los procedimientos secundarios. Entonces el factor de conexión en materia concursal estará dado por el lugar donde el deudor tenga su centro de intereses principales o el lugar de establecimiento principal.

Por otro lado, en líneas posteriores apreciamos que en los primeros esfuerzos por regular el concurso transfronterizo muchos se inclinaron por utilizar el método sustantivista. Se creyó que era mejor tener normas uniformes para que los operadores jurídicos de los diversos Estados involucrados lleguen a la misma solución; sin embargo, debido a la diversidad de legislaciones nacionales en materia concursal que tienen sus raíces en los diversos sistemas jurídicos -el CIVIL LAW y el COMMON LAW- se hace difícil desarrollar una norma sustantiva que encierre una armonía entre ambos sistemas y que satisfaga sus requerimientos. Entonces reconociendo que había grandes limitaciones para lograr una norma uniforme en todos los aspectos, se establecieron normas uniformes con un mínimo consenso ciertas materias y normas conflictuales para el tratamiento de otras. Actualmente

²⁴⁹ PASTOR RIDRUEJO, J.A., “La Faillite en Droit International Privé”. *En: Recueil des cours*. The Hague, Tome 133, 1971, pp, 216-217.

se está estudiando las diversas legislaciones sustantivas buscando encontrar principios comunes en ambos sistemas, que puedan ser la base para desarrollar normas sustantivas respecto a la insolvencia internacional, es decir, se busca crear un derecho internacional del concurso.

No obstante, debemos advertir que el derecho de la quiebra está ligado a otras ramas del derecho, tales como, el derecho de propiedad, el derecho de las obligaciones, el derecho comercial, el derecho de las sociedades, etc., por ello no es posible una unificación en éste sin antes haber logrado unificar las ramas mencionadas; en consecuencia, debemos admitir que esta unificación sobre los derechos insolvencia nacionales es muy difícil por el momento.²⁵⁰

Finalmente, las normas de aplicación inmediata son utilizadas para las materias de interés general. En materia de quiebra estos son los casos de embargo, incapacidades e interdicciones del quebrado, cuya característica común es la sanción. Asimismo, el caso de las medidas preventivas que se basan en consideraciones económicas y sociales. Estas medidas en cuestión son regidas usualmente por las normas de aplicación inmediata que evitan su aplicación extraterritorial.²⁵¹

1.4. Problemas que genera el concurso internacional.-

A través de las diversas interrogantes que se plantean tanto al juez como a las partes ante un caso de insolvencia internacional analizaremos los principales problemas que este fenómeno genera y hacen difícil su regulación.

Cuando calificamos a un concurso como internacional nacen muchas interrogantes al respecto, entre ellas, ¿qué tribunal es competente para conocer un procedimiento de insolvencia de una empresa transnacional?, la suspensión de juicios y ejecuciones que procede ante la apertura de un procedimiento de insolvencia, ¿tendrá efectos en un país extranjero?; es decir, ¿los acreedores extranjeros podrán iniciar o continuar sus juicios

²⁵⁰ Cf. PASTOR RIDRUEJO, J.A., Op. cit. pp. 217.

²⁵¹ *Ibíd.*

contra los bienes ubicados en un país distinto de donde se abrió el procedimiento de la sociedad concursada, aun cuando el juez de dicho Estado haya ordenado la suspensión de aquellas acciones?; el síndico designado en un procedimiento concursal, ¿tendrá competencia para ejercer sus funciones y acceder a los bienes en otros países?; ¿los acreedores “locales” tendrán preferencia sobre los acreedores “extranjeros”?; ¿en base a qué elementos debe considerarse a un acreedor como “extranjero”?²⁵²; siendo posible declarar la competencia en más de un Estado ¿habrá dos procedimientos con la posibilidad de que algunas ejecuciones recaigan y se sigan por la legislación nacional del país en que se encuentran los bienes?²⁵³, etc. Ante las circunstancias planteadas hay posibilidad de que algunos acreedores de los distintos países ejecuten los bienes ubicados en los Estados ajenos al proceso concursal, mermando el valor de la empresa como unidad, en detrimento de los demás interesados. Por lo que un inadecuado tratamiento sin normas especiales para coordinar estos procedimientos generará un conflicto entre los diversos foros intervinientes y ahuyentará las inversiones al ver que sus créditos no se encuentran debidamente protegidos.²⁵⁴

A continuación diversos autores reconocen que estas interrogantes y/o problemas que genera el concurso internacional giran en torno a tres materias: la competencia judicial internacional, la ley aplicable y el reconocimiento y efectos de las resoluciones extranjeras.

El profesor SOTOMONTE MUJICA²⁵⁵ reconoce que las principales implicaciones y problemáticas que presenta la insolvencia transfronteriza son: la competencia, respecto a la autoridad ante la cual solicitar el trámite y a qué Estado debe solicitarse; el reconocimiento y efectos del trámite en los diferentes Estados involucrados; la presentación o solicitud de créditos; la prelación legal y adjudicación de bienes, qué ley debe primar si ésta tiene un diferente orden de prelación respecto a los acreedores; necesidad de cooperación entre las autoridades de distintas jurisdicciones; coexistencia de procesos o trámites; etc.

²⁵² ARAYA, Tomás. Op. cit. p. 120.

²⁵³ ORIA FERNÁNDEZ DE MUNIAIN, Román, “La Quiebra Transnacional”, *Revista de Derecho Privado*. Madrid, 1998, p. 143.

²⁵⁴ Cf. ARAYA, Tomás. Op. cit. p. 121.

²⁵⁵ Cf. SOTOMONTE MUJICA, David Ricardo. “Insolvencia...”. Op. cit. p. 32.

Estas apreciaciones permiten señalar al autor que es el derecho internacional privado de cada Estado y sus normas para resolver el conflicto de leyes, junto a las leyes de insolvencia que se encuentran muy vinculadas a las normas de orden público las que reflejan el problema principal que se observa cuando se busca tratar los casos de insolvencia transfronteriza.²⁵⁶

Por su parte el profesor FLETCHER encuentra que el Derecho internacional privado puede aplicarse para identificar los problemas en la insolvencia internacional y encontrarles posibles soluciones. Entre los problemas tenemos: 1) ¿ante qué jurisdicción debe abrirse el procedimiento?, 2) ¿Las normas de qué país deben aplicarse respecto a los aspectos del caso en el que la diversidad de elementos está presente?; y 3) ¿Qué efectos internacionales se le concederá a los procedimientos llevados a cabo en un foro en particular (incluyendo donde sea necesario conceder la ejecución de algún fallo u orden que afecte personas o bienes implicados en el procedimiento)? Asimismo, reafirma que las normas de insolvencia y las normas de orden público están muy vinculadas por lo que se puede tomar consideraciones adicionales que serán adoptadas por las cortes nacionales cuando presidan un problema de insolvencia internacional. Esta desarmonía sólo perjudica a las partes ya que el acreedor sólo recibirá una parte de su crédito y el patrimonio del deudor será mermado puesto que los acreedores aprovecharán esta fragmentación legal para recobrar sus créditos con acciones individuales.²⁵⁷

El Doctor VOLKEN ha planteado que el problema del concurso internacional debe examinarse en tres niveles: la competencia judicial, la ley aplicable, así como el reconocimiento y efecto de la apertura del procedimiento. Los mismos que en la práctica se encuentran totalmente relacionados, no se puede observar uno sin ver los otros.²⁵⁸

En efecto, los problemas generados por una insolvencia internacional son respecto a determinar: la competencia judicial internacional del juez o autoridad competente para abrir el proceso de insolvencia, la competencia legislativa (¿qué norma debe regir el

²⁵⁶ *Ibíd.*

²⁵⁷ Cf. FLETCHER, Ian. Op. cit. 6.

²⁵⁸ VOLKEN, Paul. L'Harmonisation du Droit International Privé de la Faillite. *En: Recueil des cours*. The Hague, Tome 230, 1991, p, 371.

procedimiento?) y el reconocimiento y efectos de una sentencia extranjera de concurso, materias propias de nuestra disciplina por lo que el Derecho internacional privado está llamado a resolver. En ese sentido, estudiaremos a continuación: la competencia judicial internacional, ley aplicable, y el reconocimiento y ejecución de sentencias en el ámbito del concursal internacional.

1.4.1. Competencia judicial internacional²⁵⁹ en materia concursal.

En la reglamentación del tráfico privado con carácter internacional, existe una interdependencia entre la competencia judicial y la competencia legislativa. La segunda depende enteramente de la primera²⁶⁰; en ese sentido, el *fórum* condiciona en gran medida al *ius*. Por ello, nuestro primer tema a analizar debe ser la competencia judicial internacional que cobra mayor relevancia en el concurso internacional porque esta institución se desarrolla esencialmente por la vía de ejecución judicial.²⁶¹

El problema de la competencia judicial está en función de la naturaleza y alcance que pueda tener el concurso. Si éste tiene un alcance territorial, habrá tantos procedimientos como países donde el deudor tenga sus bienes, abriéndose una pluralidad de juicios, teniendo al lugar donde se encuentran los bienes como punto de conexión para determinar la competencia judicial. Por el contrario, si el concurso tiene un alcance extraterritorial bastará

²⁵⁹ “Competencia judicial internacional, es la aptitud legal de los órganos jurisdiccionales y autoridades públicas de un Estado, considerados en su conjunto, para conocer de los litigios derivados de situaciones privadas internacionales. Competencia interna, es la atribución del conocimiento de un asunto a un concreto órgano jurisdiccional, en virtud de los criterios de competencia material u objetiva, territorial y funcional previstos en la ley de un Estado para atribuir el conocimiento de los litigios a sus órganos jurisdiccionales”. CALVO CARAVACA Alfonso y CARRASCOSA GONZÁLEZ Javier. *“Derecho Internacional Privado”*. Volumen I, Editorial Comares, Madrid, 2000, p.64. La Competencia judicial internacional es un concepto autónomo diferente de jurisdicción ya que por éste entendemos que es un atributo de soberanía estatal para resolver conflicto con carácter de cosa juzgada, en cambio, la Competencia Judicial Internacional es la posibilidad de ejercer ese atributo de soberanía en un determinado litigio. Es en el contexto de coexistencia de una pluralidad de Estados donde se hace necesario poner límites al poder de cada Estado los que son fijados por la normas de Derecho Internacional Público, y dentro de esos límites los estados fijan la competencia de sus tribunales, es decir su Competencia Judicial Internacional. VIRGÓS SORIANO, Miguel y GARMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. *“Derecho Procesal Civil Internacional, Litigación Internacional”*, Segunda Edición, Madrid: EDITORIAL ARANZADI, 2007, pp, 52-54.

²⁶⁰ Es preciso señalar que en el Derecho internacional Privado puede darse el caso que la Ley aplicable delimite la competente del juez, como en los casos de inversión del método conflictual, que observaremos utiliza el ordenamiento peruano para delimitar la competencia del juez en material de concursos.

²⁶¹ PASTOR RIDRUEJO, J.A., Op. cit., p. 156.

un solo procedimiento y solo un tribunal será competente, siendo el factor de conexión el domicilio del quebrado.²⁶² Actualmente, las legislaciones en los procedimientos de alcance territorial ya no toman como factor de conexión para determinar la competencia judicial internacional el lugar donde se encuentran los bienes, sino la localización del establecimiento comercial del deudor.

En relación a lo expuesto, el Doctor SAFA comenta que la quiebra es: *“una institución cuyos objetivos pretenden una atrevida proyección extraterritorial, pero que con frecuencia está condenada a una estricta territorialidad por el alcance de los instrumentos con los que cuenta para la realización de dichos objetivos. Así, el objetivo de la quiebra tiene un llamado universal; pero los instrumentos adoptados para éstos en un proceso, un embargo, una medida de ejecución, tienen efectos puramente local”*.²⁶³ Estos objetivos del concurso son: a) la protección de los intereses de los acreedores, y b) proteger los intereses del deudor para facilitar su recuperación. Respecto al primer punto observamos que las normas prevén que ellos deben formar una masa de acreedores y ser regidos por el principio de igualdad, de modo que se evita de esta manera que cada uno persiga individualmente su crédito y merme el patrimonio del deudor, aquí es importante evitar que algún acreedor que conozca de activos del deudor en otro país pueda ejecutarlos o pueda cobrar doblemente su acreencia; así también evitar que el deudor disponga de su patrimonio en otros países y que el periodo de sospecha tenga efectos en las otras jurisdicciones, lo que se puede lograr si la quiebra tiene efectos extraterritoriales. Sobre el segundo punto, si las medidas del procedimiento concursal tienen efectos extraterritoriales entonces el patrimonio del deudor también se encuentra protegido para una posible reestructuración.²⁶⁴

De otro lado, nos dice PILLET²⁶⁵: *“la quiebra cualquiera que sea su procedimiento reside esencialmente en la realización de los bienes del comerciante, esta realización no tendría*

²⁶² *Ibíd.*

²⁶³ Cf. SAFA, *La faillite en droit international privé. En: Analyse des jurisprudences libanaise, syrienne et égyptienne à la lumière du droit comparé*, Beyrouth, 1954, p. 29.

²⁶⁴ *Idem.*, p. 160.

²⁶⁵ Pillet, *“Traité pratique de droit international privé”*, Tome II, Paris: Grenoble, 1923, p. 873.

lugar, sino gracias a la contribución de la fuerza pública”.^{266 267} Es esto lo que determina el carácter territorial de dichas medidas, ya que existe una norma de derecho internacional público que proclama el monopolio jurídico y coercitivo de los órganos del Estado sobre su territorio; lo que impide que los efectos de una quiebra se extiendan al territorio de otro Estado. La medida coercitiva del cual se sirve la quiebra es pues territorial.²⁶⁸

En síntesis, la competencia judicial internacional dependerá de los efectos territoriales o extraterritoriales que alcance el concurso, la misma que será determinada por el lugar del establecimiento del deudor, en el primer caso, y por el lugar de domicilio del deudor, en el segundo. En tal sentido, el Doctor SAFA afirma que aunque la quiebra tenga instrumentos territoriales para lograr sus objetivos, éstos estarían mejor salvaguardados si estas medidas pueden tener efectos extraterritoriales. Sin embargo, PILLET reafirma el carácter territorial de estas medidas dada su naturaleza coactiva y la necesidad de la fuerza pública para su realización.

El profesor Ridruejo plasma este panorama en dos situaciones: 1) Un deudor domiciliado en Países Bajos cae en quiebra, pero posee bienes en Alemania, Bélgica y Suiza, el juez de la quiebra holandesa necesita saber si la apertura de la misma en su país engloba sólo los activos en Holanda o si los bienes que se encuentran en el extranjero también forman parte de la masa holandesa. De ser así el juez holandés debe saber por cuál vía y de qué recursos el dispondrá para alcanzar esos bienes. 2) Un deudor domiciliado en Francia, es declarado en quiebra. Las autoridades de los países vecinos tienen la necesidad de saber si esa quiebra declarada en Francia se extiende *ipso jure* al conjunto de bienes del quebrado y si esto comprende los bienes situados en un país extranjero, o si el deudor puede continuar disponiendo libremente de sus bienes situados en dichos países, hasta qué momento.²⁶⁹

²⁶⁶ Texto original: “*la faillete, quelle que soit sa procédure, demeure essentiellement un mode de réalisation des biens du débiteur commerçant; cette réalisation ne peut avoir lieu que grâce au concours donné par l’autorité publique et avec l’aide s’il le faut, le forcé publique*”.

²⁶⁷ Si bien es cierto que aún se requieren de medidas de coerción del Estado para garantizar la efectividad de las medidas que contempla la norma concursal, hoy en día las legislaciones concursales no están orientadas sólo a la realización de los bienes del comerciante como sucedía en los inicios de esta institución, sino que hay un principio que ha estado desarrollándose e incluyéndose en el derecho concursal actual: el principio de conservación de la empresa.

²⁶⁸ PASTOR RIDRUEJO, J.A., “La Feillite ...Op. cit., p 158.

²⁶⁹ Ídem., Op. cit., p. 372

Ambas situaciones son dos caras de una misma moneda: los efectos internos y externos de la quiebra dependen de todas las legislaciones implicadas, no sólo de la ley del Estado que abre el procedimiento, éste puede desear tener efectos universales, pero cada Estado donde se encuentren los bienes dispondrá si acepta esos efectos.²⁷⁰

Para resolver este problema, la doctrina ha desarrollado dos teorías para el tratamiento del concurso internacional: 1) la teoría de la territorialidad y 2) la teoría de la universalidad. El Doctor WILCHEZ²⁷¹ señala que la primera teoría tiene su base en que el Estado sólo tiene jurisdicción sobre el concurso si el deudor tiene bienes en su territorio, en ese sentido, habrá pluralidad de foros, cada uno desarrollará su propio procedimiento, tendrá su propio juez y actuarán de modo independiente respecto a los otros procesos; mientras que en la teoría de la universalidad debe existir un solo foro que centralice el proceso concursal en un único proceso. No obstante, no todos los ordenamientos adoptarán el mismo sistema y el debate se centrará en qué sistema adoptar.

Actualmente, se viene superando el debate entre ambas teorías -brevemente expuestas- a través de la aplicación de una versión moderada de ambas. Hoy el tema clave está en la creación de normas enfocadas a lograr una mayor coordinación, comunicación y cooperación internacional entre los tribunales a cargo de estos procedimientos transnacionales.

Los últimos avances en regulación de la insolvencia internacional son: La Ley Modelo UNCITRAL y el Reglamento Europeo N° 1346/2000. Ambos cuerpos normativos encuentran la solución del problema de competencia judicial internacional en determinar el “*centro de los intereses principales del deudor*” como factor de conexión para delimitar la competencia judicial internacional en los procedimientos principales de insolvencia. Y el lugar del “*establecimiento de deudor*” en los casos de procedimientos territoriales.

²⁷⁰ *Ibíd.*

²⁷¹ WILCHES DURÁN, Rafael. “La Insolvencia Transfronteriza en el Derecho Colombiano”. En: Revista de Derecho Universidad del Norte. Consultada: 21.10.2011.
<http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/32/7%20LA%20INSOLVENCIA%20TRANSFRONTERIZA.pdf>

Sin embargo, hasta el 2012, ni la Ley Modelo ni el Reglamento comunitario indicaban qué entender por “*centro de los intereses principales del deudor*” pese a que ambos contemplan en su estructura un artículo dedicado a definiciones. Lo más cercano es el considerando 13 del Reglamento que señala: “*debería corresponder al lugar donde el deudor lleve a cabo de manera habitual la administración de sus intereses y que, por consiguiente pueda ser averiguado por terceros*”. En el mismo sentido, respecto a la Ley Modelo, a través de su Guía Legislativa sobre el régimen de la insolvencia refleja la descripción mencionada en los mismos términos.²⁷² Asimismo hasta finales del 2012 se venía generando una jurisprudencia en torno a este concepto tanto los tribunales nacionales como el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en adelante TJCE.²⁷³

La elección de *centro de los intereses principales del deudor* como criterio para determinar la competencia judicial internacional responde al *principio de proximidad*, tomando éste como referencia al deudor concursado. Se dan algunas presunciones intentando restringir este principio, tales como: dicho centro se encontrará bien en el *domicilio social* cuando se trate de una persona jurídica, bien en el *domicilio profesional o residencia habitual* cuando se trate de una personas física²⁷⁴, son sólo presunciones pero el juez debe analizar si el centro se encuentra realmente allí.²⁷⁵

La solución está en determinar las pautas a seguir para conocer el *centro de los intereses principales del deudor*, en función de lo señalado por el considerando 13 del Reglamento y seguido por la Guía Legislativa, estas serían: 1. Determinar cuáles son los principales intereses del deudor, 2. Dónde se administran con habitualidad, 3. Este lugar de administración debe ser reconocible por terceros,²⁷⁶ criterio que posteriormente se ha

²⁷² Cf. CARBALLO PIÑEIRO, Laura, “*Procedimientos concursales y competencia judicial internacional: análisis de dos conceptos clave*”, FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (Coordinador). En: Derecho del Comercio Internacional y temas de Actualidad: Insolvencia Transfronteriza. Op. cit. pp.11-12.

²⁷³ Cf. *Ibíd.*

²⁷⁴ La Ley Modelo en su artículo 16.3. remite al domicilio social o residencia habitual; en cambio, el Reglamento de Insolvencia en su artículo 3 sólo remite al domicilio social y no establece presunción respecto a las personas naturales.

²⁷⁵ CARBALLO PIÑEIRO, Laura, “*Procedimientos concursales y competencia judicial internacional: análisis de dos conceptos clave*”, FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (Coordinador). En: Derecho del Comercio Internacional y temas de Actualidad: Insolvencia Transfronteriza. Op. cit. p. 13.

²⁷⁶ Cf. *Ídem.*, p. 14.

utilizado para darle un concepto al centro de los intereses principales del deudor, en la propuesta de modificación del Reglamento de insolvencia europeo.

Respecto a estos 3 elementos nos dice la Doctora CARBALLO que “(...) *la referencia a los principales intereses del deudor debe entenderse en sentido amplio, entendiendo cualquier interés económico y no sólo las actividades comerciales, industriales y profesionales; (...) de todos ellos, los intereses que se ha de tomar serán los “principales”, de modo que finalmente se haya un solo centro. Administración quiere decir diseño de la estrategia operativa, formulación de los objetivos, control de las operaciones, administración central de la financiación y los balances (...) en definitiva, todo aquello que signifique propiamente administrar (...) lo que debe tenerse en cuenta es donde se dirige y administra. La administración puede realizarse desde distintos lugares, pero es el lugar habitual el que debe tomarse en consideración*”. Finalmente señala la autora que es ambiguo el término “*reconocible por terceros*” porque decidir qué lugar es reconocible por terceros como lugar de administración de los intereses es complicado, así como puede serlo el término “*dirigida*”, ya que el Tribunal puede considerar que éste es su propio foro.²⁷⁷ No obstante la jurisprudencia ayudó a delimitar este concepto.²⁷⁸

A continuación observaremos los conflictos más comunes que se derivan de la competencia internacional tales como el *forum shopping*, el conflicto negativo y positivo de jurisdicciones y el alcance de la *vis atractiva concursus*.

a) *El forum shopping*.- es uno de los problemas más característicos en la insolvencia internacional donde el deudor busca la jurisdicción y, por ende, el ordenamiento que le otorgue normas más favorables de insolvencia. Se manipula el factor que le da la competencia a una determinada jurisdicción para mover el procedimiento de insolvencia a otra jurisdicción más favorable.

²⁷⁷ Ídem., p. 15.

²⁷⁸ Cabe señalar que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tiene fuerza ejecutiva en los Estados miembros, de modo que las interpretaciones realizadas por él son vinculantes en el territorio comunitario. *Ibíd.* p. 12.

El *fórum shopping* y las luchas sobre el lugar del procedimiento para la litigación internacional están entre los problemas más importantes, no sólo en la insolvencia internacional sino también en otros casos civiles y mercantiles de carácter internacional. Académicos y litigantes están de acuerdo en que el lugar de apertura del proceso es muy importante en una litigación internacional, la razón se encuentra en la escasa uniformidad en las normas tanto en el área procesal como en el área sustantiva. Los procesos son diferentes en las diversas jurisdicciones por lo que unas se hacen más atractivas que otras para el demandante, éste escogerá el fórum que le brinde más beneficios y que ponga al demandado en mayor desventaja.²⁷⁹ La importancia de escoger uno u otro fórum está dada por la diversidad de leyes sustantivas. Los principios sustantivos de cada Estado aplicados al caso dependen del *fórum* seleccionado.²⁸⁰

Hay mucho interés de las partes en tener leyes de insolvencia que se adapten a sus deseos individuales, por lo que optarán por diferentes normas de insolvencia nacionales. Por ejemplo, el administrador estará interesado en escoger un fórum cuyas normas de insolvencia le permitan seguir a cargo de la empresa durante el periodo de insolvencia y limite sus responsabilidades. Los acreedores optarán por las normas de insolvencia que les garanticen mayor protección y, en caso sea necesario, una rápida realización de los activos y el escenario de distribución que les favorezca, esto es, el orden de prelación de créditos de acuerdo a sus intereses. Los empleadores estarán interesados en que se apliquen normas de insolvencia que privilegien la reestructuración de la empresa.²⁸¹

La ley modelo UNCITRAL y el Reglamento Europeo sobre procedimientos de insolvencia han señalado el *centro de los principales intereses del deudor* como factor de conexión para delimitar la competencia del juez, con lo que el Reglamento Europeo consideró resuelto el

²⁷⁹ PEARL, Simón. “*Forum Shopping in the EEC*”. En: 15 international Business Lawyer. 1987. , p. 391-392. Consultada el: 16.02.2012. <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/ib115&div=106&id=&page=>>>.

²⁸⁰ BELL, Andrew. “Forum Shopping and Venue in Transnational Litigation”. En: Private International Law Series. Editorial: OXFORD. 2003, pp. 15.

²⁸¹ ZZYDLO, Marek. “*Prevention of Forum Shopping in European Insolvency Law*”. En: European Business Organization Law Review. Consultada el: 10.01.2012. <<http://web.ebscohost.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/ehost/pdfviewer/pdfviewer?sid=a2a7ee8b-8553-4259-951d-7a7fc98fef00%40sessionmgr11&vid=2&hid=24>>>

problema del *fórum shopping*; no obstante, el problema continuó porque los deudores han estado manipulando su centro de intereses principales para recibir las ventajas de un determinado ordenamiento. En la Comunidad Europea no puede impedirse el traslado del deudor de su centro de los intereses principales de un Estado a otro, dado que existe una norma que protege la *libertad de establecimiento*.²⁸²

Para evitar el problema del *fórum shopping* el legislador y el TJCE, a través de jurisprudencia, ha dado las siguientes directrices: 1. El centro de los intereses del deudor determinará la jurisdicción en materia de insolvencia internacional, 2. Encontrar el preciso momento importante para establecer el centro de intereses del deudor de acuerdo con la regulación, 3. El principio de *foro perpetuo*, una vez establecido el foro de un Estado miembro este continuará y no podrá ser cambiado por el deudor. 4. Lo irrelevante de la transferencia del centro de intereses del deudor luego de abierto el procedimiento.²⁸³ En tal sentido, puede realizarse un cambio en el centro de los intereses principales del deudor pero se debe contar con el carácter de “habitualidad en la administración de intereses principales”²⁸⁴ desde este nuevo centro, si no es posible demostrar que la administración se lleva desde el nuevo centro entonces se entenderá que el centro sigue donde estaba.

Asimismo, el tribunal ha señalado que debe determinarse el lugar del centro principal de los intereses del deudor en el momento que se presenta la solicitud de apertura del procedimiento concursal, por lo que el momento en que precluye la posibilidad de trasladar su centro para el deudor será éste. Esta precisión del momento al que ha de recurrirse para determinar dónde se localiza el centro de los intereses del deudor opera independientemente que el traslado del mismo se haya dado con anterioridad a la presentación de la solicitud, es decir, si un deudor trasladó su centro de principales intereses antes de la presentación de

²⁸² Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Título III. Libre circulación de personas, servicios y capitales. Capítulo 2. DERECHO DE ESTABLECIMIENTO. **Artículo 43:**

“En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro. (...)”

²⁸³ SZYDLO, Marek, *Prevention Forum Shopping in European Insolvency Law*, *European Business Organization Law Review*, 2012, p. 255.

²⁸⁴ Reglamento Europeo de Insolvencia: considerando 13.

solicitud de concurso, se tomará en cuenta este nuevo centro que deberá pasar por el examen de “habitualidad en la administración de intereses principales” desde este lugar.²⁸⁵

Al respecto, observamos el caso que resolvió el TJCE en el que una deudora había presentado la solicitud de concurso ante los tribunales de su residencia habitual y luego se trasladó a vivir a España, con ello trasladó su centro de intereses principales también. Llegó el caso al TJCE luego de que los tribunales alemanes se hayan inhibido a favor de los tribunales españoles. El TJCE consideró que un cambio de las circunstancias luego de la presentación de la solicitud generaría inestabilidad para los acreedores que tendrían que perseguir al deudor hasta que se establezca en un lugar con un carácter más o menos definitivo, causaría la prolongación en el procedimiento, además el Tribunal usó el argumento del *perpetuatio iurisdictionis*.²⁸⁶

b) *Los conflictos positivos y negativos de competencia.*- el primero se da cuando los tribunales de dos Estados distintos se consideren competentes para abrir el procedimiento concursal. El segundo conflicto se manifiesta cuando los tribunales de un país declinan su competencia para abrir el procedimiento concursal y los tribunales de otros Estados también lo hacen por considerar que es competente el juez de dicho Estado quien declinó su competencia primero.

En la aplicación del Reglamento Europeo de insolvencia se han observado que los conflictos positivos de competencia en materia de insolvencia deben ser resueltos observando el considerando 22, la decisión del tribunal que inicie el procedimiento tendrá que ser reconocida por los demás Estados miembros, que no estarán autorizados a someter a control la decisión de dicho tribunal. No obstante debe tomarse en cuenta el momento en que se ha abierto el procedimiento en el otro Estado, a partir de cuándo la decisión de apertura empieza a producir efectos.²⁸⁷ Es posible encontrar algunos casos en que pese a haberse solicitado la apertura del procedimiento principal de insolvencia en un determinado

²⁸⁵ CARBALLO PIÑEIRO, Laura, “Procedimientos concursales y competencia judicial internacional: análisis de dos conceptos clave”, FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (Coordinador). En: Derecho del Comercio Internacional Op. cit. p, 27-26.

²⁸⁶ STJCE, 17/01/2006, As. C-1/04, Staubitz – Schreiber, puntos 26 y 29.

²⁸⁷ CAMPUZANO, Beatriz, “Aspectos internacionales del Derecho Concursal”, España: Ediciones Laborum, 2004, p, 112.

Estado y posteriormente se solicita la apertura del mismo procedimiento en otro Estado parte, éste último podrá abrir el procedimiento de insolvencia sin esperar la decisión de apertura del primer tribunal ante el cual se presentó la solicitud.²⁸⁸

En el caso de los conflictos negativos, en el ámbito del Reglamento, se puede optar por los procedimientos independientes y fuera de ello por las medidas de ejecución individual.²⁸⁹ Asimismo, puede darse un conflicto negativo de jurisdicción en el caso que un Estado “X” tenga como factor de atribución de competencia jurisdiccional el “*centro de los intereses principales del deudor*”, y otro, el Estado “Y” haya optado por el *domicilio del deudor* para determinar la competencia del juez. Si los acreedores del Estado “X” desean abrir el procedimiento en dicho Estado, pero allí el deudor no tiene el centro principal de sus intereses, entonces el juez declarará que no tiene competencia sobre el caso; no obstante, si acuden al juez del Estado “Y” que es donde el deudor tiene el centro principal de sus intereses, teniendo éste su domicilio en el Estado “X”, el juez del Estado “Y” también declarará que no es competente.²⁹⁰

c) *La vis atractiva concursus*²⁹¹.- es la fuerza atractiva del concurso, la apertura del procedimiento de insolvencia atrae los litigios sobre el patrimonio del deudor, modificando los foros ordinarios de competencia judicial. Se construye una regla de conexidad, la que es susceptible de modulación en función si el procedimiento de insolvencia atrae a todos los litigios relativos al deudor, lo que sería una *vis atractiva concursus absoluta*, o solo alguno

²⁸⁸ Cabe mencionar aquí la Sentencia del Tribunale di Parma de 19 de febrero de 2004, que procedió a la apertura de un procedimiento principal de insolvencia frente a una sociedad domiciliada en Irlanda – Eurofood IFSC Ltd. -, a pesar de que se había presentado una solicitud contra una misma sociedad en Irlanda el 27 de enero del 2004 y la Resolución –Amtsgericht Mönchengladbach de 27 de abril de 2004, que procedió a la apertura de un procedimiento principal de insolvencia contra una sociedad domiciliada en Alemania, a pesar de que ya se había presentado una solicitud contra esta misma sociedad en Inglaterra el 08 de abril del 2004. *Ibíd.*, pp, 113.

²⁸⁹ *Ibíd.*, p, 122-123.

²⁹⁰ Cf. PINKAS, Flint. *Loc. cit.*

²⁹¹ El Reglamento, de acuerdo al artículo 15, parte de la no admisión de la *vis atractiva*, la declaración de apertura del procedimiento de insolvencia no afectará a la competencia del tribunal que esté conociendo el proceso pendiente aun cuando así lo estableciese la *lex fori processus*. Informe VIRGÓS/SCHMIT, *Op. cit.*, p. 140.

de dichos litigios, aquellos que nacen a consecuencia de la insolvencia y, por tanto, una *vis attractiva limitada*.²⁹²

Se ha calificado a la *vis attractiva concursus* como un concepto material, ligado a la noción de insolvencia sometido al estatuto concursal, pero debido a que ésta concierne a la competencia judicial inclina su calificación al ámbito procesal. Esto nos sitúa al momento de determinar sus límites, si los hay, dentro de los parámetros del derecho a la tutela judicial efectiva. Esta institución sea en su versión absoluta o limitada se ajusta a la tutela judicial efectiva cuando se trata de litigios internos, bastará con proveer un juez ordinario predeterminado por la ley para satisfacer el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de las partes. Pero no sucede lo mismo en un litigio internacional como la insolvencia transnacional, la tutela judicial internacional, apunta a la obligación de asegurarse que el demandante tiene acceso a la justicia (sea del propio foro u otra jurisdicción), y, de otra parte que el foro no imponga una carga procesal no razonable al demandado. Fuera de estas directrices se podrían crear situaciones que cabe llamar inconstitucionales.²⁹³

Luego de lo señalado, es claro que la *vis attractiva concursus* no puede ser absoluta, ya que ésta en un contexto internacional sí amenaza el equilibrio de la partes procesales, el foro podría ser imprevisible para el demandado.²⁹⁴ Para determinar qué litigios pueden ser atraídos por el foro concursal debemos preguntarnos en qué litigios internacionales las partes pudieron anticipar que el foro concursal se hallaba entre los posibles donde podría llegar a plantearse la acción.²⁹⁵

Dentro los litigios que pueden ser atraídos al concurso siempre encontraremos una “*zona gris*”, no están aquí las acciones de carácter patrimonial que se dirigen contra el patrimonio del deudor (contractuales, extracontractuales o reales) y que existen al margen del procedimiento de insolvencia, no podrán ser atraídas al foro concursal. Tampoco se encuentran aquella que se refieren al correcto desenvolvimiento del procedimiento de

²⁹² CARBALLO PIÑEIRO, Laura, “Procedimientos concursales y competencia judicial internacional: análisis de dos conceptos clave”, FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (Coordinador). En: Derecho del Comercio Internacional Op. cit. p, 27.

²⁹³ Ídem., p, 28.

²⁹⁴ Ibíd.

²⁹⁵ Ídem., p, 30.

insolvencia, como la discusión sobre la relación de créditos y su posición dentro de la misma, o si la determinación de si un crédito es concursal o contra la masa, o lo relativo a los modos y a la terminación del procedimiento de insolvencia, que sólo compete al juez concursal. Los procesos que se encuentran en ésta zona gris deben calificarse si éste impone una carga irrazonable al demandado por el hecho de atraerle ante el juez concursal, es decir, si el foro concursal internacionalmente era previsible para él en el momento de realizar el negocio jurídico.²⁹⁶

1.4.2. Competencia Legislativa en el Concurso: lex fori concursus.

Muchos son los conflictos se producen a lo largo del procedimiento concursal, el primero surge cuando hay que establecer las condiciones en que una jurisdicción nacional puede tomar conocimiento de la apertura del concurso (competencia judicial internacional), luego al deber establecer los poderes de administración del síndico (competencia legislativa). Y otras inseguridades como saber si ¿el acreedor puede entablar acciones individuales sobre el patrimonio del deudor?, ¿puede intentar una acción de reivindicación?; y si ¿el desapoderamiento del deudor arrastra su capacidad personal o si solo el deudor se ve limitado sobre el poder de disposición y administración de sus bienes? Para responder a estas preguntas debemos primero ver si se deben responder bajo la ley del concurso u otras leyes que tienen conexiones especiales; entre estas leyes están la ley que rige el estatuto personal del deudor, la ley de la situación de los bienes o la ley aplicable a los contratos.²⁹⁷

Se trata, por consiguiente, de establecer cuál es la ley aplicable al concurso y qué materias del concurso están bajo su dominio. Este análisis no es nuevo, en el siglo XX, Savigny, sus predecesores, sus contemporáneos y sus sucesores centraban el debate tradicional de la universalidad o territorialidad de la quiebra internacional, en el ámbito del conflicto de leyes, enfocándolo en términos sustanciales. La cuestión que se planteaba era saber si el derecho de quiebra pertenecía al orden real o al orden personal. Los que apoyaban la primera noción decían que la quiebra pertenece al estatuto real, pues es un embargo del

²⁹⁶ Ídem., p. 31-32.

²⁹⁷ Cf. VOLLKEN, Paul. Op. cit. p. 392.

patrimonio, que tiene como principios la *lex rei sité* para los bienes inmuebles por lo que éstos eran regidos por la ley del lugar donde se encontraban y la *máxima mobilia sequuntur personam* para los bienes muebles que daba lugar a la adscripción de éstos al domicilio del quebrado. Los que seguían la segunda opción la consideraba una cuestión relativa a la capacidad, la quiebra era tratada según lo establecido para las cuestiones relativas al estatuto personal. El resultado práctico era el mismo, excepto para el caso de los inmuebles que se encontraran situados fuera del domicilio del deudor.²⁹⁸

*“Esta doctrina fue abandonada paulatinamente, en beneficio de un análisis en términos de la competencia judicial internacional”.*²⁹⁹ El derecho internacional privado en el tema de quiebra internacional se guía por la fórmula de que la competencia legislativa deriva accesoriamente de la competencia judicial, hay una interdependencia excepcional entre *FÓRUM* y *IUS*. El Estado reconocido competente en sus órganos jurisdiccionales (judicial o administrativo) y de acuerdo a la normativa interna de competencia judicial internacional, da origen al procedimiento de insolvencia; el derecho nacional que es el llamado a organizar este proceso, regula el desarrollo del proceso y su resultado final.³⁰⁰ Asimismo, *“la solicitud dirigida a declarar la quiebra no puede suponer en fase posterior una ruptura del nexo con la lex fori, la razón es que estamos ante un proceso civil legalmente imperativo cuyos efectos y consecuencias son indisociables de los requisitos que llevaron a su iniciación”.*³⁰¹

No obstante lo señalado, el profesor VOLKEN al describir el problema de la competencia legislativa del concurso reconoce que en el procedimiento del concurso internacional se distingue entre la *ley del foro* y la *ley del concurso*, la primera es la ley del lugar donde el procedimiento concursal es abierto (*lex fori processus*), la segunda es la que va a regir materialmente el concurso (*lex concursus*)³⁰². Y que al lado de estas leyes base, se

²⁹⁸ Cf. D’AVOUT, Louis, “Sentido y alcance de la *lex fori concursus*”, FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (Coordinador). En: Derecho del Comercio Internacional y temas de Actualidad: Insolvencia Transfronteriza. Op. cit., p, 41.

²⁹⁹ *Ibíd.*

³⁰⁰ Cf. *Ídem.*, p, 39.

³⁰¹ *Ibíd.*

³⁰² Al respecto, cabe señalar que las normas procesales son normas neutrales cuya función es asegurar un proceso justo y efectivo, pero sin predeterminar su solución; las normas materiales son las que determinarán

encuentran una pluralidad de subdivisiones en curso, por lo que se debe distinguir entre las condiciones de apertura, la organización y los efectos del concurso.³⁰³

Asimismo, el autor señala que -al igual que en la competencia judicial internacional- para determinar la ley que rige el concurso, debemos tener en cuenta sus objetivos y el alcance de sus medios para realizarlos. Antes el concurso sólo buscaba embargar los activos del deudor para ejecutarlos³⁰⁴, hoy se opta por incentivar la reestructuración.³⁰⁵ Los medios para lograr su objetivo son: la intervención del juez, la desposesión del deudor sobre sus bienes, el control de los activos y pasivos del deudor por un síndico y, en caso fuera necesario, la liquidación del deudor. En consecuencia, tal como se observa, las legislaciones en materia de concurso determinan no sólo aspectos materiales del concurso sino también los procedimientos a seguir, de modo tal que el concurso tiene una naturaleza altamente procesal.³⁰⁶ Las medidas que se disponen para la apertura del proceso como su realización forman parte de un conjunto en el que los aspectos procedimentales y de fondo están a menudo atados, los unos a los otros.³⁰⁷

En efecto, cuando se habla sobre la naturaleza procedimental del concurso, se reduce la distinción entre la *LEX FORI PROCESUSS* y la *LEX CONCURSUS*, ya que ambas son tomadas de la misma legislación nacional³⁰⁸, naciendo así la *LEX FORI CONCURSUS*. Esta supremacía de la ley local encuentra su explicación en el rol que juega la determinación de la competencia judicial en materia de los concursos: “*la solución de los conflictos de leyes está (...) comandada por el de conflicto de jurisdicciones*”³⁰⁹. En consecuencia, la ley del concurso tiene vocación general para regir todos los problemas derivados de éste, por el carácter procesal que hemos mencionado y por ende su identificación con la ley del foro. No obstante, depende de la teoría -universalidad o

la solución. VIRGÓS SORIANO, Miguel y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco. “Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación internacional”. Madrid: EDITORIAL ARANZADI, Segunda Edición. 2007. P, 402.

³⁰³ Cf. VOLKEN, Paul. Op. cit., p, 388.

³⁰⁴ Hoy muchas legislaciones que han adoptado el principio de conservación de la empresa viable promoviendo la reestructuración de la misma.

³⁰⁵ *Ibíd.*

³⁰⁶ Cf. *Ídem.*, p. 389.

³⁰⁷ PASTOR RIDRUEJO, J.A. Op cit. p.189.

³⁰⁸ Recordemos que las normas procesales -*lex fori regit*- son parte del derecho público, por lo que siempre estarán regidas por la ley del juez -*lex fori*-.

³⁰⁹ LOUSSOUARN y BREDIN, citados por VOLKEN, Paul. Op cit. p. 390.

territorial- que se haya tomado para regular el concurso. Regirá una sola ley si se adopta la teoría de la universalidad; por el contrario, si se adopta la teoría de la territorialidad habrá diversidad de leyes,³¹⁰ es decir, habrá tantas *LEX FORI CONCURSUS* como procedimientos abiertos.

La ley del concurso o *LEX FORI CONCURSUS* determina: a) la apertura del procedimiento, b) organización del proceso, c) desarrollo del proceso, d) la formación de la masa, e) los efectos de ésta sobre el deudor y el acreedor, y otras cuestiones procesales.³¹¹

La doctrina está de acuerdo en que la ley del concurso no es absoluta, no excluye la posibilidad de tomar en consideración las leyes extranjeras³¹², las que veremos posteriormente tienen conexiones especiales y son consideradas como excepciones a la *LEX FORI CONCURSUS*, por ejemplo, los derechos reales, los contratos, etc.

En el Reglamento Europeo de insolvencia se encuentra la solución al conflicto de leyes señalando que: “*la ley competente para regir el concurso será la ley del Estado de apertura del procedimiento de insolvencia*”, tanto en el procedimiento principal como en los procedimientos territoriales. Esto quiere decir, que si sólo se abre el procedimiento principal de insolvencia, sólo habrá una *LEX FORI CONCURSUS*; sin embargo, si concurren a éste la apertura de procedimientos territoriales de insolvencia, habrán tantas leyes *fori concursus* como procedimientos abiertos, y cada una regirá en su propio territorio. Cabe señalar que el Reglamento regula las materias del concurso que serán regidas por esta ley. Asimismo, al lado de ésta se encontrará una pluralidad de leyes que regularán materias especiales, tales como, la materia de los derechos reales que será regida por ley del lugar donde se encuentra el bien, la materia laboral está regida por la ley que rige el contrato de trabajo, entre otros.

1.4.3.- Reconocimiento y ejecución de la sentencia o auto de apertura del concurso³¹³.-

³¹⁰ Cf. VOLKEN, Paul. Op. cit. p. 390.

³¹¹ *Ibid.*

³¹² COVIAUX, J.C, citado por VOLKEN, Paul. Op. cit. 391.

³¹³ *La sentencia declarativa de quiebra es pues un acto jurisdiccional de pura ejecución: ella no reconoce relaciones de derecho substancial sino que partiendo de la constatación que se encuentra en el acto de*

Antes de desarrollar el tema planteado, es necesario abordar algunas cuestiones generales, tales como, la distinción entre: “reconocimiento” y “ejecución” de una sentencia extranjera. El derecho procesal civil internacional, al igual que en el proceso civil interno, forma su respuesta en dos fases: la fase declarativa -que se dirige a obtener una decisión- le correspondería al instituto del *reconocimiento*, por el que se deja valer la decisión judicial de un Estado en el territorio de un Estado distinto; y la fase ejecutiva, le corresponde el instituto de *ejecución*, por el que se hace cumplir una decisión extranjera.³¹⁴

El reconocimiento tiene diferentes alcances que dependen al modelo que el Estado siga, estos son: el modelo de *equiparación* o el modelo de *extensión*. El primero corresponde a “*asimilar las decisiones extranjeras con las nacionales. Implica otorgar a una decisión extranjera los mismos efectos que una decisión nacional equivalente*”³¹⁵. El segundo modelo, “*parte de la idea de “dejar valer” la decisión extranjera en sus propios términos y con sus propios efectos*”³¹⁶; es decir, que la resolución extranjera tendrá los mismo efectos que le reconozca el Derecho del país en que ha sido otorgada.

Asimismo, debemos señalar que hay dos clases de reconocimiento: el *reconocimiento por acto de autoridad* y el *reconocimiento automático*. El reconocimiento por acto de autoridad requiere “*para que se produzca el reconocimiento de una sentencia extranjera, una declaración previa de los tribunales (o de las autoridades del foro), autorizando o admitiendo dicho reconocimiento*”.³¹⁷ Éste constituye un modelo de autorización u homologación previa, que requiere un control *ex ante* de la decisión judicial extranjera. En

insolvencia aplica las medidas establecidas por la ley para asegurar de modo apropiado la tutela ejecutiva del derecho de los acreedores. La sentencia declarativa de quiebra es un acto procesal y material: procesal en cuanto contiene proposiciones meramente ordenatorias de un proceso ejecutivo, como el nombramiento del juez delegado y del síndico, la orden al quebrado de depositar el balance y los escritos contables, la asignación del término a los acreedores para la presentación de sus demandas y la fijación de la asamblea para examinar el estado pasivo; “material” ya que a ella se reúnen múltiples y notabilísimos efectos del derecho substancial dirigidos a hacer posible la realización de los fines del proceso ejecutivo. FLORES GARCÍA, Fernando, “Concepciones de la doctrina italiana sobre la naturaleza jurídica de la sentencia declarativa de la quiebra”, Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Consultada el 10.10.2012. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/17/dtr/dtr10.pdf>.

³¹⁴ Cf. VIRGÓS SORIANO, Miguel y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco. “*Derecho Procesal Civil Internacional* (...). Op. cit, pp, 555-556.

³¹⁵ Cf. Ídem., p, 560.

³¹⁶ Cf. Ídem., p, 563.

³¹⁷ Cf. Ídem., p, 572.

cambio, en el reconocimiento automático *“basta con que la decisión extranjera satisfaga las condiciones exigidas por el ordenamiento del Estado receptor para que el reconocimiento se produzca de pleno derecho, sin formalidad de algún tipo”*.³¹⁸ Ambos modelos se distinguen también por el momento en que la sentencia extranjera empieza a producir sus efectos en el ordenamiento del Estado que la reconoce, esto es, en el reconocimiento por autorización, será desde el momento en que se otorga dicho reconocimiento; en el reconocimiento automático, será desde el momento en que la sentencia produce sus efectos en el Estado de origen de la misma.³¹⁹

Teniendo claro estos aspectos generales, pasaremos ahora a observar el reconocimiento y ejecución de la sentencia o auto que declara la apertura del concurso en un Estado distinto del que la otorgó. El tipo de reconocimiento y los alcances del mismo están vinculados a la teoría de la territorialidad o la universalidad que el Estado receptor haya adoptado.

En el caso de la teoría de la territorialidad, si se aplica ésta en sentido estricto, la sentencia o auto declaratorio de insolvencia no tendrá efecto alguno en un Estado diferente al que se dictó.³²⁰ Sin embargo, en el caso de la teoría de la universalidad la sentencia o auto declarativo de insolvencia podrá tener un efecto de reconocimiento automático³²¹, en su versión más perfecta, o ser susceptible de un procedimiento de homologación o

³¹⁸ *Ibíd.*

³¹⁹ *Ídem.*, p. 574.

³²⁰ Japón era el único ejemplo al diseñar quiebras de naturaleza local en la que los efectos de las declaradas en el extranjero son radicalmente indiferentes. Asimismo, respecto a los procedimientos de reestructuración solo tienen efectos en Japón y respecto de los bienes localizados en el país. ESPLUGUES MOTTA, Carlos. *“La Quiebra Internacional”*. Op. cit. 208-209. No obstante, en el año 1996 empieza un proceso de reforma en su norma concursal que coincide con la creación de la Ley Modelo UNCITRAL 1997, la cual fue adoptada posteriormente por Japón en el año 2000. LOOK CHAN, Ho, Op. cit., p. 139.

³²¹ En el ámbito de la Comunidad Europea dado el proceso de integración y rigiéndose bajo los principios de confianza y cooperación entre sus tribunales es usual ver este efecto en el reconocimiento de sus fallos. Por ello en el ámbito *comunitario* *“el reconocimiento se caracteriza por cuatro notas esenciales: a) opera generalmente de manera automática, y abarca todos los efectos típicos de la sentencia (básicamente la cosa juzgada), incluyendo sentencias, autos, providencias y actos de liquidación de costas; b) se exige tan sólo que las resoluciones tengan fuerza ejecutiva en el Estado de origen, sin que sea necesaria su firmeza; d) cabe la oposición fundada del deudor al reconocimiento; y d) el reconocimiento de documentos públicos con fuerza ejecutiva y transacciones judiciales”*. *“Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en el ámbito comunitario”*. Consultada el: 12.10.2012. <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/82549/107395>>

exequátur.³²² Los alcances del reconocimiento automático, seguirá el modelo de extensión, es decir, están determinados por la ley del Estado que otorgó la sentencia declarativa de insolvencia; respecto al procedimiento de exequátur, seguirá el modelo de equiparación, tendrá los efectos que la ley del Estado receptor le otorgue a las sentencia nacionales equivalentes. Respecto a las medidas de ejecución que contenga dicha sentencia, estos sí necesitarán de un procedimiento de exequátur.

Al respecto, en las legislaciones más avanzadas, la Ley Modelo UNCITRAL ha optado por la homologación de una sentencia extranjera, es decir que ésta sea sometida a un exequátur; y el Reglamento Europeo de Insolvencia se ha inclinado por el reconocimiento automático de la misma, dado el grado integración y los principios de confianza y cooperación a los que responden sus tribunales.

Ley Modelo UNCITRAL contempla un procedimiento previo para decidir si la resolución extranjera puede ser reconocida o no. El reconocimiento de un procedimiento extranjero de insolvencia será solicitado ante el tribunal donde pretenda surtir efectos, esto se dará mediante un exequátur; no prevé el reconocimiento automático. Establece criterios de cuando un procedimiento extranjero ha de ser reconocido, el tribunal deberá otorgar medidas provisionales establecidas, previas a la resolución del reconocimiento. La decisión de reconocimiento debe justificar si éste es un procedimiento extranjero “principal” o “no principal”. Los aspectos procesales de dar aviso a la presentación de la solicitud de reconocimiento o de la resolución por la que se otorga el reconocimiento no son objeto de la Ley Modelo; se dejan al ámbito del derecho interno.³²³

³²² Como era el caso de Bélgica que seguía el principio de unidad de la quiebra, supone la consideración de los tribunales del domicilio del deudor como exclusivamente competente para declararla. Si éste se encuentra en el país, el procedimiento iniciado por los órganos jurisdiccionales belgas tendrá carácter universal, y la decisión por la que se declara la quiebra producirá plenos efectos en el extranjero sin necesidad de obtener su plena homologación, no obstante ésta eficacia directa puede verse afectada cuando contenga disposiciones contrarias al orden público belga o si la sentencia o el autor de quiebra tiene algunos supuesto de ejecución que requerirá de un previo exequátur. Si el domicilio no se encuentra en Bélgica los tribunales se considerarán incapacitados para asumir la competencia y se producirá pleno reconocimiento de las decisiones extranjeras emanadas del tribunal competente de acuerdo con la legislación belga. ESPLUGUES MOTA, Carlos. Op. cit., pp. 213-214.

³²³ Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo UNCITRAL sobre la insolvencia transfronteriza, párrafos 30 y 31.

Los efectos del reconocimiento y medidas otorgables al representante extranjero estarán dados por los artículos 19 al 24. Entre las principales medidas que se otorgan a partir de este reconocimiento se encuentran la paralización de toda acción de un acreedor individual contra el deudor o de toda medida de ejecución sobre los bienes del deudor, y la suspensión del derecho del deudor a transmitir o gravar sus bienes, esto debe ser imperativo en el sentido que se proceden automáticamente del reconocimiento de un procedimiento extranjero, las excepciones que pueda haber a éstas medidas se regirán por las normas del derecho interno aplicable a supuestos similares de insolvencia. Además de dichas medidas otorgadas la Ley Modelo permite al tribunal otorgar medidas “*discrecionales*” en provecho de todo procedimiento. Al conceder estas medidas el tribunal deberá asegurarse de que los intereses de los acreedores y demás personas interesadas, incluido el deudor están debidamente protegidos.³²⁴

El reconocimiento en esta norma tiene sus propios efectos que no incorporan un derecho extranjero al régimen interno de insolvencia del Estado que adopta la presente Ley, es decir, al regular el reconocimiento, se establecen los efectos que la resolución puede producir en otros Estados, evitándose la extensión de los efectos derivados de la ley del Estado de apertura o *lex fori concursus*.³²⁵

El Reglamento Europeo ha optado por el *reconocimiento automático* de toda resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia adoptada por el tribunal competente de un Estado miembro en virtud del artículo 3. Con arreglo a ello, los efectos que deriven de la resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia en un Estado miembro se extenderán de modo inmediato al resto de Estados miembros, sin que haya la necesidad de que previamente se desarrolle un procedimiento previo *ad hoc* de homologación.³²⁶ La autoridad del Estado miembro ante la que se invoque directamente la resolución controlará si concurre algún motivo que justifique la denegación del reconocimiento, y de no ser así, como normalmente ocurrirá, procederá a reconocerle efectos. Este régimen solo presenta un problema, ya que surte efectos sólo ante la autoridad que se le ha presentado y no con

³²⁴ Ídem., párrafos 32-37.

³²⁵ CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz, Op. cit., pp. 212-213.

³²⁶ Reglamento Europeo de Insolvencia (1346/2000): Artículo 16 y considerandos 22 y 24.

carácter general, así que tendrá que invocarse cuantas veces resulte necesario ante cuantas autoridades resulte necesario.³²⁷ Se podrá denegar reconocer un procedimiento si dicho reconocimiento o ejecución pueda producir efectos contrarios al orden público de dicho Estado o cuando si ella implican una limitación de la libertad personal o del secreto postal.³²⁸

Los efectos del reconocimiento de la resolución de apertura del procedimiento se distinguirán según el tipo de procedimiento que se haya reconocido, si es principal o si es secundario. En caso se reconozca a un procedimiento como principal: i) sólo podrá procederse a la apertura de otro procedimiento como secundario y ii) los efectos de dicho reconocimiento serán los mismos que le atribuya la ley del Estado donde se abrió el procedimiento, salvo disposiciones en contrario dadas por el propio Reglamento y en tanto que no se abra un procedimiento secundario en ese Estado miembro.³²⁹ El profesor WESSELS señala que el Reglamento consagra lo que se ha denominado la teoría de la extensión de los efectos, lo que supone en la práctica, una exportación de los efectos derivados de *la LEX FORI CONCURSUS* al resto de los Estados miembros.³³⁰

Este efecto de extensión de la *LEX FORI CONCURSUS* lo observamos en de la Sentencia del TJCE en el caso MG Probud Gdynia. Ésta era una empresa del sector construcción cuyo domicilio social se encontraba en Polonia, llevaba a cabo obras de construcción en Alemania en el marco de las actividades de su sucursal. En el 2005, dicha empresa fue declarada insolvente por un tribunal polaco. El director de la sucursal alemana de MG Probud debía remuneraciones y cotizaciones sociales de varios trabajadores polacos, por lo que el tribunal de la comarca de Saarbrücken ordenó el embargo preventivo de los fondos de la cuenta bancaria de dicha empresa; así como diversos créditos que la citada empresa tenía frente a contratantes alemanes.

³²⁷ Cf. CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz, Op. cit., pp, 200-201.

³²⁸ Reglamento Europeo de Insolvencia (1340/2000): Artículos 25.1 y 26.

³²⁹ Reglamento Europeo de Insolvencia (1340/2000): Artículo 16 y 17.

³³⁰ Cf. WESSELS, Bob, The European Union Insolvency Regulation: An Overview With Trans- Atlantic Elaborations”, p, 487. Consultada el 10.06.2012 <
<http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/39/378.html>>

El Tribunal polaco se pregunta sobre la legalidad de los embargos practicados por las autoridades alemanas, ya que en el Derecho polaco, que constituye la ley aplicable al procedimiento de insolvencia puesto que Polonia es el Estado de apertura de dicho procedimiento, no permite esos embargos después de la declaración de insolvencia de la empresa. La pregunta planteada por el Tribunal polaco al TJCE es *“si, tras la apertura de un procedimiento principal de insolvencia en un Estado miembro, las autoridades competentes de otro Estado miembro están autorizadas, conforme a su legislación, por una parte, para ordenar el embargo de bienes del deudor declarado en insolvencia en un Estado miembro y, por otra parte, para denegar el reconocimiento y, en su caso, la ejecución de resoluciones relativas al desarrollo y a la terminación de un procedimiento de insolvencia iniciado en otro Estado miembro”*.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la pregunta manifestó:

“con posterioridad a la apertura de un procedimiento principal de insolvencia en un Estado miembro, las autoridades competentes de otro Estado miembro en el que no se ha iniciado ningún procedimiento secundario de insolvencia están, en principio, obligadas a reconocer y ejecutar todas las resoluciones relativas a ese procedimiento principal de insolvencia y, en consecuencia, no están facultadas para ordenar, en aplicación de la legislación de ese otro Estado miembro, medidas de ejecución que afecten a los bienes del deudor declarado insolvente situados en el territorio del otro Estado miembro referido, cuando la legislación del Estado de apertura no lo permite”.

Lo señalado por el Tribunal de Justicia nos permite observar con claridad dos puntos fundamentales: 1. El deber de reconocimiento de la apertura del procedimiento principal de insolvencia trae como consecuencia que la *LEX CONCURSUS* despliegue sus efectos a otro Estado miembro, 2. La apertura de un procedimiento secundario de insolvencia en dicho Estado puede restringir el alcance universal de esta ley.³³¹

En el desarrollo del proceso pueden plantearse otras cuestiones relativas al desarrollo y conclusión del procedimiento que deban ser resueltas o aprobadas por los tribunales y de

³³¹ Sentencia en el asunto C-444/07 MG Probud Gdynia sp. z o.o. Consultada el 10.10.2012. <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-01/cp100006es.pdf>>

cuyo reconocimiento se ocupa el artículo 25 del Reglamento. Este artículo contempla el procedimiento de *exequatur* a seguir para todas las resoluciones, incluida la resolución de apertura, si contiene efectos ejecutivos, puedan ejecutarse en los demás Estados, este procedimiento está contemplado en el Reglamento 44/2001, antes denominado Convenio de Bruselas.³³²

El problema para determinar la competencia jurisdiccional, la competencia legislativa y el reconocimiento de sentencias en el tema de la insolvencia transfronteriza buscó una solución en dos importantes teorías: la teoría de la universalidad y la teoría de la territorialidad; y posteriormente una flexibilización de ambas teorías, las mismas que fueron adoptados como principios orientadores para la regulación de la insolvencia internacional y que analizaremos en el siguiente punto.

2. PRINCIPIOS ORIENTADORES PARA LA REGULACIÓN DEL CONCURSO INTERNACIONAL

2.1. Principio de Universalidad.-

Este principio proclama que un solo foro debe centralizar el proceso de insolvencia del deudor en un único procedimiento, así las decisiones del juez de este proceso tendrán efecto en cualquiera de las jurisdicciones donde se encuentre algún bien del deudor y vincula a todos los acreedores.³³³ En consecuencia, el proceso será seguido ante esta única jurisdicción y conforme a su normativa concursal vigente.³³⁴

En tal sentido, se sostiene que el principio de la universalidad es preferido al principio del territorialismo por los académicos y abogados litigantes, ya que al haber un solo foro y

³³² CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz, Op. cit., p. 236.

³³³ WILCHES DURÁN, Rafael. “La Insolvencia ... Op. cit., p. 168.

³³⁴ EZCURRA RIVERO, Huáscar. “Que el mercado decida quién ofrece las mejores reglas de insolvencia: Una aproximación contractual al tema de insolvencia internacional”. En: *Ius Veritas*, Lima, N°22, 2001, p. 184.

tener solo una ley para tratar los problemas relativos al deudor, hay una mayor seguridad jurídica, celeridad en el procedimiento y menores gastos administrativos.³³⁵

El profesor SOTOMONTE³³⁶ nos señala que las características principales de este principio son: a) *universalidad subjetiva*, todos los acreedores -nacionales y extranjeros- serán llamados a participar en un único proceso, el cual tendrá efectos vinculantes para todos ellos sin importar su ausencia; b) *universalidad objetiva*, todo el patrimonio del deudor es atraído por un único procedimiento concursal, donde sea que se encuentren los elementos que lo conforman, constituyéndose una única masa; c) *autoridades involucradas*, la competencia para dar inicio y trámite al procedimiento concursal recae en las autoridades del Estado donde el deudor tenga su domicilio o sede social, o centro principal de intereses; d) *reconocimiento*, las decisiones del procedimiento único deberán ser reconocidas y surtir efectos en todos los Estados donde el deudor tenga algún activo, y quien sea nombrado oficial del concurso (síndico, liquidador, agente especial, etc.) en dicho proceso tendrá poderes en principio ilimitados sobre los activos del deudor sin importar la ubicación de éstos.

Entre los argumentos a favor de este principio tenemos que la unidad y universalidad del concurso es la que mejor permite alcanzar en el tráfico externo los objetivos propios del concurso en un plano interno, como la igualdad en el tratamiento de los acreedores, proteger a todos los bienes del deudor, entre otros.³³⁷ Asimismo, habrá una mayor seguridad por parte de los acreedores al no haber varios procesos; ahorro en los costos del proceso ya que una sola autoridad estará a cargo de conducir y supervisar el proceso; una posibilidad de obtener un mayor precio por los activos del deudor puesto a que el administrador del concurso podrá optar por su venta conjunta o separada de los bienes; la posibilidad de escoger la reestructuración y que ésta sea viable ya que se contarán con todos los bienes del deudor dondequiera que estos se encuentren.³³⁸

³³⁵ OMAR, Paul. "The Landscape of International Insolvency Law". *En: International Insolvency Review*, Vol 11, 2002, p, 178. Consultada el 10.10.2011. <<http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/668/5907.html>>

³³⁶ SOTOMONTE, David. "Insolvencia Transfronteriza ...Op. cit., pp. 50-53.

³³⁷ ESPLUGUES MOTA, Carlos. "La Quiebra Internacional". Barcelona: BOSCH EDITOR. 1993, pp. 27 y 28.

³³⁸ EZCURRA RIVERO, Huáscar. "Que el mercado ...Op. cit., pp. 187.

Sin embargo, aplicar esta teoría en la práctica se hace inviable porque los Estados no están dispuestos a renunciar a su soberanía cuando se pueden afectar bienes en su territorio y a sus nacionales por decisión de un juez extranjero.³³⁹ Además que la aplicación de este principio requerirá que las diferentes legislaciones se encontraran unificadas respecto a todo el Derecho Concursal, no sólo al caso del concurso internacional.³⁴⁰

Podemos encontrar algunas iniciativas que desarrollaron su sistema de insolvencia transfronteriza teniendo como base este principio pero fracasaron, por ejemplo, en Europa, los borradores de Convención sobre Procedimientos de Insolvencia entre los años 1968 y 1980, donde se partió del principio de universalidad pero derivó en una mezcla de tendencias desordenadas porque los Estados buscaban proteger sus normas internas de orden público y los derechos de acreedores domiciliados en ellos.³⁴¹

Lo expuesto nos permite decir que para que este principio pueda tener plenos efectos en los Estados sin mediar problema alguno, deberían encontrarse unificadas las diferentes legislaciones sustantivas sobre el concurso. No bastaría con unificar las normas conflictuales sobre el mismo, puesto que aún se encontrarían obstáculos para que una norma extranjera despliegue sus efectos sobre un Estado diferente al que la dictó, dada la doble naturaleza -procesal y sustantiva- de las normas del concurso. En tal sentido, se deberían utilizar las normas interetáticas para lograr una regulación sustantiva común, pero como se ha expuesto, dada las diferentes culturas jurídicas es imposible por ahora.

2.2. Principio de Territorialidad.-

Este principio tiene como idea base que las normas de un determinado sistema jurídico son válidas y obligatorias solo dentro del territorio del Estado donde ejercen poder las autoridades que las dictaron.³⁴² El concurso o quiebra debe ser de exclusiva

³³⁹ Cf. WILCHEZ DURÁN, Rafael. Op. cit., pp. 168.

³⁴⁰ Cf. SOTOMONTE, David. "Insolvencia Transfronteriza ... Op. cit., pp. 50.

³⁴¹ Cf. SOTOMONTE MUJICA, David. "Colombia frente a la Insolvencia Transfronteriza". En: *Revista de Derecho Comparado*, Buenos Aires, N° 14, 2008, p. 104.

³⁴² Cf. SCOTTI, Luciana B. Op. cit. p. 161.

competencia de la jurisdicción donde el deudor tiene ubicados sus bienes,³⁴³ en consecuencia, habrá una pluralidad de procesos concursales frente a un mismo deudor.

Entre sus principales características tenemos: a) *universalidad subjetiva*, cada proceso sólo involucra a los acreedores domiciliados en su jurisdicción o a los domiciliados en el extranjero pero que tienen como fundamento de su crédito una prestación relacionada a dicho país; b) *universalidad objetiva*, el concurso solo produce efectos locales, se reconocen estos efectos respecto de los bienes que se encuentran dentro de la jurisdicción del Estado que está tramitando el concurso; c) *autoridades involucradas*, son competentes para dar inicio y trámite al concurso el lugar donde el deudor tenga bienes o negocios; y d) *las decisiones* de la autoridad concursal sólo tienen efectos dentro de la jurisdicción donde se dictan.³⁴⁴

Sus defensores argumentan que el estatuto de la insolvencia es real pues lo importante son los bienes y no la persona del deudor, la liquidación de los bienes está regulada por normas procesales de orden público inderogables por disposiciones extranjeras y la imposibilidad de regular un fenómeno internacional a nivel local.³⁴⁵ Además señalan que a pesar de que los resultados de cada proceso pueden ser distintos, estos tienen efectos estrictamente dentro del territorio donde se lleva a cabo el procedimiento por lo que no existirá ningún tipo de conflicto.³⁴⁶

No obstante, presenta algunas desventajas como la necesidad de los acreedores de presentar y tramitar sus solicitudes ante todas las jurisdicciones para lograr cobrar sus créditos, no se podrá alcanzar el mayor valor de los activos de la empresa al no poder venderla como una unidad ya que necesitará de la cooperación de las otras jurisdicciones donde el deudor tenga activos, y podría presentarse la posibilidad de mover los bienes del deudor de una u otra jurisdicción, antes de iniciado el procedimiento en ésta, para favorecer a algún acreedor.³⁴⁷

³⁴³ Cf. WILCHEZ DURÁN, Rafael. Op. cit., p. 169.

³⁴⁴ Cf. SOTOMONTE MUJICA, David. "Insolvencia Transfronteriza ...Op. cit. 55.

³⁴⁵ Cf. SCOTTI, Luciana B. Op. cit., p. 161.

³⁴⁶ Cf. WILCHEZ DURÁN, Rafael. Op. cit., p. 183.

³⁴⁷ Cf. EZCURRA, Huáscar. "Que el mercado ...Op. cit., pp. 184 y 185.

Tal vez esta teoría pudo haber tenido una aplicación efectiva cuando el mundo no vivía el actual proceso de globalización.³⁴⁸

Podemos concluir diciendo que los Estados que adopten este principio, utilizarán el método autolimitativo para regular el concurso, tratando este problema internacional como una relación meramente interna y regida por las disposiciones del derecho nacional.

2.3. Principio de universalidad moderada.-

Las legislaciones que han adoptado alguna iniciativa unificadora o armonizadora del Derecho Concursal tienden a mezclar la aplicación del principio de territorialidad y universalidad que en apariencia se contraponen, creando así esta tercera opción, llamada también teoría de la universalidad cualificada o moderada.³⁴⁹

Este principio parte de la idea de que un procedimiento de insolvencia internacional requiere una respuesta coordinada por los Estados cuyos intereses legales o materiales están de algún modo involucrados dentro de la estructura del caso.³⁵⁰ Así, desarrolla un modelo que tiene como base un foro central en el cual se sigue el procedimiento de insolvencia principal y sirve como coordinador de los procedimientos de insolvencia que se siguen en otras jurisdicciones.³⁵¹

El desarrollo de esta propuesta tiene tres componentes: primero, la integridad de cada sistema y sus intereses deben ser respetados, reconociendo que cualquier proceso que es llevado en el marco del sistema legal de un país solo puede producir efectos en otro país con el consentimiento de éste último. En defecto de un tratado especial, los efectos internacionales pueden tener lugar sólo a través del uso de las reglas de derecho internacional privado; en esa medida, la esencia del territorialismo es reconocida hasta cierto punto. En el mundo globalizado de hoy, los Estados tienen la responsabilidad de elaborar normas de derecho internacional privado que estén en armonía con la realidad de sus actividades internacionales. Bajo este panorama no es apropiado para un sistema legal

³⁴⁸ Cf. WILCHEZ DURÁN, Rafael. Op. cit., p. 169.

³⁴⁹ Cf. SOTOMONTE MUJICA, David. Insolvencia ...Op. cit., p. 62.

³⁵⁰ Cf. FLETCHER, IAN F, Op. cit., p. 15.

³⁵¹ Cf. WILCHEZ, Rafael. Op. cit., p. 169.

ignorar las consecuencias de una insolvencia multi-jurisdiccional: ley y práctica deben ser modificadas donde sea necesario, para que las cortes y otras instituciones estatales respondan de un modo adecuado al problema, aunque manteniendo los valores esenciales del sistema al cual pertenecen.³⁵²

El segundo componente de esta propuesta implica una modificación de la doctrina de la universalidad de modo que se complemente, en lugar de negar, el concepto de territorialidad. Se busca que al terminar la operación global de administrar el patrimonio del deudor, se logre una adecuada coordinación entre las diversas partes que componen la administración, que equivaldría a una universalidad *de facto*. Esto evita el dogma asociado con la Universalidad que nos señala que los efectos de la extraterritorialidad se llevan a cabo por el despliegue de una sola ley. En lugar de ello, un acercamiento práctico aspira a trabajar mediante las reglas de derecho internacional privado y procesos de cooperación internacional. A través de este medio, el resultado neto puede ser uno en el cual el patrimonio mundial es completamente administrado, con todos los créditos teniendo la correcta participación en algunos puntos, y respetando el principio de colectividad.³⁵³

Finalmente, también hay una renuncia a la *unidad versus pluralidad*, no debe permitírseles ocupar un dominante lugar al abordar un caso de internacionalidad, sin embargo, deben ser considerados como una potencial opción de acuerdo a las circunstancias. Respecto a la unidad se dice es mejor llevar un único procedimiento porque así se maximiza el valor del patrimonio para la distribución, pero ello dependerá de que haya suficiente flexibilidad en la ley del Estado en el cual se lleva el único procedimiento –incluyendo sus normas de conflicto- para permitir tomar en cuenta el interés de acreedores extranjeros cuyas expectativas estaban legítimamente basadas en las disposiciones de las leyes de otro Estado. Por otro lado, se dice que la meta de eficacia y eficiencia será lograda a través de procedimientos plurales, entonces debería ser preferido, con la salvedad de que las leyes del Estado interesado sean equipadas con disposiciones que permitan una adecuada coordinación y comunicación entre las respectivas administraciones. El modelo que ha favorecido cada vez más el manejo de este procedimiento es el de administración primaria

³⁵² Cf. FLETCHER, IAN F, Op. cit., p. 15.

³⁵³ Ídem., p. 16.

y secundaria de la insolvencia unidos por una serie de normas complementarias que garanticen una clase de universalidad de facto de la administración se ha alcanzado.³⁵⁴

Entre las características de este sistema encontramos que: a) el procedimiento principal se abrirá donde el deudor tenga el asiento principal de sus negocios o su centro principal de intereses, mientras que los procedimientos secundarios se abrirán en los demás Estados donde el deudor tenga bienes o negocios; b) *universalidad subjetiva*, en el sentido de que todos los acreedores están obligados a hacerse parte en todos y cada uno de los procesos que se inicien, basta con presentarse en uno para ser tenidos en cuenta en los restantes respetándose la igualdad de acreedores y regulando el trato equitativo para todos ellos sin importar su domicilio; c) *universalidad objetiva*, en el sentido de que todos los bienes del deudor sin importar el lugar donde se encuentren estarán sometidos a los resultados de la totalidad de trámites concursales y garantizarán los créditos de todos y cada uno de los acreedores sin importar su domicilio; d) la oficiosidad, ésta se mantiene debido a que la autoridad respectiva de cualquier Estado podrá dar inicio al procedimiento concursal, sea principal u concurrente, y los demás Estados están obligados a reconocerlo sin mediar trámite alguno y colaborar con las autoridades del concurso respectivo.³⁵⁵

Finalmente, cabe señalar que las normas concursales en un modelo que siga este principio puede combinar los tres métodos del Derecho internacional privado: las normas conflictuales procurarán uniformizar criterios de la ley *material aplicable* a los problemas del concurso, las normas *autolimitativas* desarrollarán las limitaciones a dichas leyes; y, finalmente, a través de las normas *sustantivistas* se establecerán efectos de algunas instituciones³⁵⁶ y principios comunes a las diversas legislaciones para tratar el concurso internacional.

Nos señala el profesor BERENDS³⁵⁷ que no existe país que aplique un principio u otro en su forma más pura, se encuentran mezclas de ambos principios en proporciones variables

³⁵⁴ Cf. Ídem., p. 16 y 17.

³⁵⁵ Cf. SOTOMONTE MUJICA, David. *Insolvencia ...*, Op. cit., p. 63.

³⁵⁶ Tales como el reconocimiento, las medidas otorgables a partir del reconocimiento, etc.

³⁵⁷ Cf. BERENDS, Andre J. "The UNCITRAL Model Law on cross-border insolvency: a comprehensive overview". *Tulane Journal of International and Comparative Law*. N.66, Spring, 1998.

dentro de los sistemas adoptados por los ordenamientos locales. Así como lo demuestra un informe elaborado en el Coloquio de Toronto organizado por la CNUDMI y la International Association of Insolvency Practitioners (INSOL) donde encontraron seis categorías en función del predominio de uno u otro principio³⁵⁸:

- a. Países con una legislación específica que impone obligatoriamente el reconocimiento de procedimientos de insolvencia que se abran en ciertos terceros países reconocidos en esa legislación.
- b. Países con legislación expresa que recoge la posibilidad de un reconocimiento colectivo o una práctica de reconocimiento discrecional.
- c. Países con un reconocimiento discrecional en la práctica, pero sin legislación expresa.
- d. Países que son signatarios de acuerdos internacionales multilaterales que tratan los problemas de acceso y el reconocimiento.
- e. Países cuya legislación está basada en el principio de territorialidad estricto pero con una práctica divergente de él.
- f. Países totalmente territoriales (aunque puedan recurrir a la aplicación de la ley extranjero en ciertos casos).

Luego de haber estudiado los principios que guían la regulación para la insolvencia transfronteriza y los problemas que presenta la adopción de uno u otro principio, pasaremos a ver la aplicación de éstos en las normas que se desarrollaron para regular la insolvencia transfronteriza a través de los años, todos en busca de una armonización respecto al tratamiento de la misma.

3. EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO NORMATIVO DEL CONCURSO INTERNACIONAL

3.1. Antecedentes:

³⁵⁸ MORALES de SETIÉN RAVINA, Carlos. “Análisis de las propuestas recientes en material de insolvencia internacional: una aproximación a sus principios y procedimientos”. En: *Revista de Derecho Privado. Universidad Los Andes. Facultad de Derecho. Bogotá*, N° 23, 1999, p, 59.

Por muchos años se ha discutido sobre los beneficios de lograr una uniformidad en las normas a nivel internacional, puesto que ello evitaría la incierta aplicación de normas locales y un potencial conflicto con jurisdicciones aplicando distintas normas al tratamiento de un mismo problema. En el caso de la insolvencia internacional se observa que las legislaciones adoptan el principio de la universalidad o el principio de la territorialidad³⁵⁹; así encontramos en el ámbito local legislaciones totalmente distintas conforme al principio adoptado y que difícilmente coincidirán con las decisiones adoptadas por otros foros.

Los acuerdos o convenciones han sido uno de los métodos tradicionales de los Estados para tratar los casos de conflictos, dando normas para designar la competencia jurisdiccional y las reglas para regir el procedimiento de insolvencia. Esto ha permitido una armonía en el tratamiento de la insolvencia transfronteriza sin que ello conlleve a una modificación sustancial en sus ordenamientos internos. No obstante, los acuerdos son más difíciles entre países con diferente cultura jurídica³⁶⁰ y por ello observaremos que se ha trasladado el interés de poner sólo énfasis en establecer una regulación uniforme respecto a las normas de conflicto en la materia, a la búsqueda de principios comunes del concurso en los diversos ordenamientos, de modo que, partiendo de ellos se pueda llegar a normas concursales que contengan un mayor grado de armonía en las legislaciones internas.

En el plano internacional fueron los tratados bilaterales los primeros instrumentos que utilizaron los Estados para tratar la insolvencia internacional en el siglo XVIII. Posteriormente, ante las nuevas necesidades del mundo globalizado se encontró como mejor solución adoptar tratados multilaterales o regionales, limitados a un ámbito geográficamente continuo o Estados próximos.³⁶¹

No obstante, no sólo los Estados han buscado una solución al problema del tratamiento de la insolvencia internacional, sino que éste se ha convertido en un tema de tal trascendencia económica que diversas organizaciones internacionales han sugerido

³⁵⁹ OMAR, Paul J. "The landscape of international insolvency law", Op. cit., pp. 183 y 184.

³⁶⁰ *Ibíd.*

³⁶¹ OMAR, Paul J. Op. cit. p. 185.

modelos de regulación, a estas iniciativas el profesor OMAR³⁶² ha denominado “*iniciativas globales*” que buscan captar el consenso de tantos países como sea posible para el tratamiento de la insolvencia transfronteriza, utilizando para ello un texto en forma de tratado, convención o ley modelo posible de ser adoptado o suscrito por los Estados, siendo la más relevante la Ley Modelo de la CNUDMI.

Es importante desarrollar aquí los conceptos de “*HARD LAW*” y “*SOLF LAW*” ya que éstos han sido utilizados en el desarrollo de la regulación propuesta por los Estados y diversas Organizaciones Internacionales en un intento de dar solución a los problemas derivados de la insolvencia transfronteriza. El “*HARD LAW*” está conformado por las reglas que contienen obligaciones específicas nacidas de la voluntad de los Estados y es vinculante entre los Estados parte, a esta categoría pertenecen los tratados que están basados en el principio del “*PACTA SUNT SERVANDA*”.³⁶³ Por otro lado, el “*SOLF LAW*” consiste en normas o principios generales, no vinculantes entre las naciones firmantes pero se espera que éstas realicen esfuerzos por implementarlos, basados en el principio de *buena fe*.³⁶⁴ La diferencia entre uno u otro es el “*principio de coerción*”, al primero le será aplicable este principio, generándose responsabilidad internacional de los Estados ante su inobservancia; en cambio, al segundo no le será aplicable algún mecanismo de coerción, pues ya que es precisamente lo que se trata de evitar en este instrumento de *SOLF LAW*, facilitándose así la negociación y diálogo.³⁶⁵

A continuación, estudiaremos las distintas iniciativas de los Estados y de las Organizaciones internacionales para regular la insolvencia internacional, las mismas que tienen base en el *HARD LAW* o el *SOLF LAW*.

3.2. Iniciativas o convenios de naturaleza bilateral.-

³⁶² *Ibíd.*

³⁶³ Cf. COLÍN VILLAVIVENCIO, Luis Guillermo. “El *Solf Law*, ¿una fuente formal más del Derecho Internacional?”. p. 1. Consultada el 10.11.2012. <<http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/030330120008.html>>

³⁶⁴ Cf. BROWN, Donald. “*The Earth Chapter as an International “Solf Law”*”. Consultado el 10.11.2012. <<http://www.earthcharter.org/resources/speeches/brown.htm>>

³⁶⁵ Cf. COLÍN VILLAVIVENCIO, Luis Guillermo. Op. cit. p. 6.

Los primeros ejemplos de tratados internacionales que lograron de algún modo una mejor regulación para la insolvencia internacional fueron los tratados bilaterales firmados entre Estados que eran geográficamente vecinos o que tenían una estrecha relación de comercio y de intercambio entre sus ciudadanos. Entre el siglo XVIII y mediados del siglo XX se observan numerosos ejemplos de esta clase de tratados³⁶⁶, cuyos textos optaron por alinearse con el principio de la universalidad, un único procedimiento de insolvencia.³⁶⁷ Sin embargo, el incremento de la movilidad internacional, la masa de producción y distribución, la globalización del comercio y actividades financieras desde mediados del siglo XIX, hicieron que las limitaciones de los tratados bilaterales fueran incrementándose, volviéndose fuente de frustración para esta nueva realidad, encontrándose una solución en la adopción de acuerdos multilaterales.³⁶⁸

A continuación observaremos las características de algunos tratados bilaterales, los que separaremos en dos grupos para un mejor análisis.³⁶⁹

Los Convenios Francia-Bélgica (8/07/1899), Bélgica-Holanda (28/03/1925) y Francia-Italia (3/06/1930) comparten algunas similitudes, tales como: no son convenios que tratan exclusivamente sobre el tema de la quiebra; otorgan competencia exclusiva para declarar la quiebra del deudor al Tribunal donde éste tenga su domicilio, en caso de persona natural, o su sede social, en caso de las personas jurídicas, la competencia de este tribunal se extiende para conocer las cuestiones que deriven de la declaración de la quiebra³⁷⁰; se puede observar que estos tratados optan por la universalidad y unidad de la quiebra. Sin embargo, los dos primeros Convenios añaden ciertos matices propios de la territorialidad, asume competencia el Tribunal sobre un deudor que no tiene su domicilio en alguno de los Estados parte pero tiene algún establecimiento comercial³⁷¹. Respecto a sus diferencias: los Convenios Francia-Bélgica y Bélgica-Holanda, éste último, a diferencia del primero, rige

³⁶⁶ Cf. FLETCHER, IAN F, Op. cit., p. 273.

³⁶⁷ ESPLUGUES MOTA, Carlos. Op. cit. p. 112.

³⁶⁸ Cf. Ibíd.

³⁶⁹ Los convenios se encuentran desarrollados en toda su extensión en la obra del profesor Carlos Esplugues Mota: "La Quiebra Internacional". Barcelona: BOSCH EDITOR. 1993.

³⁷⁰ Respecto del Convenio Francia-Italia se establece que algunas excepciones las referidas a propiedad, los privilegios y los derechos reales en materia inmobiliaria.

³⁷¹ Cabe señalar que en el Convenio Bélgica-Holanda se prevé que si en consecuencia de esto los tribunales de ambos países resultasen competentes, primará el tribunal que asumió la competencia del proceso primero.

para los comerciantes, en general, no especifica que sean nacionales de los Estados parte como lo hace el primer convenio que señala rige para los comerciantes nacionales. Asimismo, el Convenio Bélgica-Holanda se distingue de los otros dos convenios cuando prevé la posibilidad de establecer quiebras locales en caso no se dé algunos de los supuestos de competencia señalados, los tribunales de los Estados parte podrán establecer sus propias normas de competencia judicial internacional. Por otro lado, el Convenio Francia-Italia se distingue de los otros respecto de sus normas de competencia judicial internacional que pese a que coinciden con los tratados anteriores éstas tienen la condición de normas de competencia indirecta por lo que la exclusividad de esta competencia se regirá solamente respecto al reconocimiento de las decisiones extranjeras.

Los Convenios Francia-Mónaco (13/09/1950), Austria-Bélgica (16/07/1969), Austria-Italia (12/07/1977), Francia-Austria (27/02/1979) y República de Alemania-República Austriaca (25/05/1979) se caracterizaron porque en todos ellos se reguló de forma exclusiva la quiebra; seguían la tesis de la unidad del procedimiento otorgando competencia exclusiva para declarar la quiebra a los tribunales del principal establecimiento, dirección de los negocios, centro de negocios del comerciante para personas físicas y donde se encuentre la sede social en el caso de las personas jurídicas³⁷², la decisión de declaración de quiebra y los efectos derivados de ésta tenía plenos efectos en las fronteras del otro Estado; sin embargo, incorporaron también matices de la territorialidad, en los casos en que no se daban los supuestos para atribuir competencia exclusiva del Tribunal, se le atribuía la competencia a éste si el deudor tenía algún establecimiento comercial en alguno de los Estado parte, si tenía en ambos y éstos se declaraban competentes regiría la regla de temporalidad, dejándose la competencia al que primero declaró la quiebra. No obstante, cabe señalar algunos avances en la evolución de estos convenios, el convenio Austria-Bélgica incorporó por primera vez el término “el centro de negocios del deudor” para los supuestos de competencia exclusiva que complementó a los ya conocidos términos de dirección del negocio y sede social, éste término fue incluido en los Convenios de Austria-Italia, Francia-Austria y República de Alemania-República Austriaca entendiéndose que

³⁷² Es preciso señalar que el Convenio República de Alemania-República Austriaca, se diferenció de los otros tratados al establecer que tenía competencia exclusiva el tribunal del Estado contratante donde el deudor tenía el *centro de su actividad económica*.

debía primar el *centro efectivo del negocio* para cuestiones de competencia exclusiva de los Tribunales. Los Convenios de Francia-Austria y República de Alemania-República Austriaca no hacen referencia a la condición de comerciante del deudor declarado en quiebra. Por otro lado, el Convenio República de Alemania-República Austriaca fue el más moderno de naturaleza bilateral.³⁷³ A diferencia de los demás Convenios establece un foro subsidiario adicional, señala que en caso no corresponda atribuir competencia a los tribunales de los Estado parte en base al centro de su actividad económica, estos podrán ser competentes si el deudor tiene su sede o residencia habitual en su territorio.³⁷⁴

Lo expuesto nos permite concluir que la figura de la quiebra va a cobrando relevancia, puesto que pasa de ser uno de los puntos de agenda, a ser el núcleo central de los tratados. Así se propuso diversos convenios para tratar únicamente el problema de la quiebra internacional. Es importante observar que los Convenios que regulan exclusivamente esta materia son de los años setenta, en el que se gestó una grave crisis económica que hizo notar la falta de instrumentos para tratar este tema, tras el colapso de muchas entidades financieras.

Estos convenios a pesar de sus esfuerzos por acogerse a la teoría de la universalidad tienen matices de la teoría de la territorialidad, como ya se ha mencionado, encontrar una regulación que se apegue fielmente a una de esas teorías es casi imposible. Consideramos relevante destacar en estos convenios el desarrollo del factor de atribución de la competencia judicial internacional, que pasó de ser la *sede social* en el caso de personas jurídicas, y *domicilio* en el caso de las personas física, a considerarse como tal al centro de negocios del deudor, tomando aquellos como presunción para determinar la ubicación de éste. Este concepto de “*centro de negocios del deudor*” es posteriormente estudiado y modificado para tener una mejor precisión de lo que debería entenderse por tal, quedando la denominación “*centro de los principales intereses del deudor*” que hoy se utiliza en el Reglamento Europeo de insolvencia. Finalmente, cabe señalar que algunos de los Convenios observados desvinculan la condición de comerciante del deudor como requisito para ser sometido a un procedimiento de quiebra.

³⁷³ ESPLUGUES MOTA, Carlos, Op. cit., pp. 109-126.

³⁷⁴ Ídem., pp. 125-126.

Estos tratados bilaterales han sido reemplazados por la puesta en vigor del Reglamento Europeo sobre procedimientos de insolvencia, no obstante, es importante revisarlos porque ellos han sido directrices para esta última legislación.

3.3. Iniciativas o convenios regionales o de naturaleza multilateral.-

Lamentablemente las negociaciones para alcanzar una regulación satisfactoria y en términos aceptables para todas las partes han presentado dificultades y son desalentadoras por lo que se observa muy pocos ejemplos de acuerdos multilaterales que hayan sido exitosamente concluidos y puestos en vigor en los Estados partes del mismo. Muchos autores han destacado que la base para lograr un mejor resultado en estos acuerdos es partir desde las características de los Estados firmantes, éstos deben tener intereses comunes en lograr un acuerdo, tener afinidades en todas las materias relevantes que sean posibles, como en su tradición legal y cultural, sistema económico, y su perspectiva internacional.³⁷⁵

Ahora pasaremos a estudiar estas iniciativas que hemos dividido geográficamente en tres grupos: Latinoamérica, Europa y países de América del Norte.

3.3.1. *Latinoamérica.-*

A pesar de los vínculos cercanos entre los países latinoamericanos, éstos no han sido suficientes para generar una armonía o unidad legislativa. Debido a ello, desde la mitad del siglo XIX los países de la región empezaron a trabajar en la elaboración de instrumentos internacionales para eliminar o minimizar los conflictos de leyes, siendo algunos de ellos adoptados y ratificados por los Estados.³⁷⁶ Estos dedicaron una sección al tema concursal, estos son:

(a). Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo 1889.-

³⁷⁵ Cf. FLETCHER, IAN F, Op. cit., pp, 274- 275.

³⁷⁶ Cf. SOTOMONTE MUJICA, David. Insolvencia ..., Op. cit., p,103.

Este Tratado se elaboró en el Primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado en la ciudad de Montevideo, convocado por los países de Argentina y Uruguay. El resultado del encuentro fue siete tratados y un protocolo adicional. Uno de los tratados se enfocó en el Derecho Comercial Internacional, en el que se trató por primera vez como tema principal el Derecho Concursal. Los países que lo ratificaron fueron: Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay.

La quiebra internacional se encuentra regulada en el Título X “De las falencias”, comprendido en los artículos 35 a 48. En el artículo 35, proclama el principio de universalidad, atribuyendo competencia exclusiva a los Tribunales del Estado donde el deudor tiene su domicilio comercial, no hace diferencias entre personas físicas o jurídicas, y señala que no importa si el deudor opera ocasionalmente en el extranjero a través de agentes o de una sucursal.

Por otro lado, contempla la pluralidad de juicios en caso que el deudor tenga dos o más casas comerciales independientes en más de un Estado. Los tribunales de cada uno de esos Estados serán competentes para ver esta materia (artículo 36). No se señala qué debe entenderse por *casas comerciales independientes*, a lo que el Doctor GUIDOTTI RAUCH³⁷⁷ manifiesta:

“Queda en evidencia que importa aquí la existencia de una dependencia a nivel direccional y económico con un centro decisorio del cual emanan las órdenes y la planificación del comportamiento de la empresa, sociedad o grupo empresarial; sin importar la realización de los actos aislados o la existencia de sucursales o agencias del establecimiento principal”

En tal sentido, si se encuentran más establecimientos de un mismo deudor en diferentes países se debe analizar la independencia económica y administrativa de estos negocios respecto al deudor o casa matriz, es decir, determinar si estos establecimientos constituyen una sucursal o una filial, para saber si se debe abrir un solo proceso o más de uno.

³⁷⁷ GUIDOTTI RAUCH, Boonie Annelisse. *“Quiebra transfronteriza en Chile: el camino hacia un nuevo régimen”*. Chile: Universidad Astral de Chile, 2004, p. 26.

Respecto a los bienes, en el caso de encontrarnos en el supuesto del artículo 36, las medidas preventivas que se tomen en un juicio se harán también efectivas sobre los bienes que el deudor tenga en otro Estado, dejando a salvo los derechos que los artículos siguientes puedan conceder a los acreedores nacionales (artículo 37). Estas medidas preventivas se darán por medio de cartas rogatorias, el juez exhortado debe publicar por un periodo de 60 días avisos en que dé a conocer el hecho de declaración de la quiebra y las medidas preventivas que se han tomado (artículo 38). Pese a que este artículo dispone una medida de cooperación entre los tribunales, este medio de comunicación constituye un proceso lento que aumenta la posibilidad del deterioro de dicho patrimonio.

El artículo 39 señala que los acreedores locales, dentro de los 60 días de publicado el aviso, podrán solicitar la apertura de un procedimiento concursal, si no procediese la declaración de quiebra. En dicho caso los diversos juicios de quiebra se seguirán independientemente y cada uno aplicará su ley nacional, por ende el juez aplicará su norma local a los bienes del deudor que se encuentren bajo su jurisdicción. Es lógico que estos juicios se lleven independientemente dado que se observa que el segundo juicio que es solicitado por los acreedores locales es consecuencia de que dicho Estado no reconoció la declaración de quiebra del Estado que abrió el primer procedimiento. Respecto al artículo 41 es una opción de colaboración y cooperación entre los tribunales, ya que establece que luego de haberse realizado los pagos en un juicio de quiebras, se pondrá el sobrante a disposición de los acreedores de los otros juicios, debiendo los jueces coordinar con tal objetivo.

En el artículo 42 se vuelve a tocar el tema de la unidad y universalidad del juicio de quiebra señalando que en este caso todos los acreedores deben presentar sus créditos ante el juez que dirige el mismo. Pero contempla excepciones para el caso de los acreedores hipotecarios (artículo 43), las acreencias respaldadas por garantías reales se aplicará la ley del lugar donde se encuentren los bienes y podrán hacerse efectivas ante la jurisdicción de dicho país. Respecto a los privilegios de los créditos localizados en el país de la quiebra y adquiridos con anterioridad a la declaratoria de ésta, se aplicará la ley del país en que fueron contraídos, aun cuando los bienes se desplacen a otro país y exista en éste un juicio de quiebra contra el deudor (artículo 44). Se observa un predominio de la LEX SITUS sobre la LEX FORI CONCURSUS.

También hace una distinción entre los acreedores locales y extranjeros, dando una preferencia a los acreedores locales, que según lo indica el profesor FLETCHER³⁷⁸ no se entiende para el supuesto en que la insolvencia es seguida ante una sola jurisdicción y donde todos los acreedores están obligados a participar en ésta. Asimismo menciona el autor que no proporciona un marco procedimental para llevar una cooperación entre los procesos paralelos y olvida definir qué se debe entender por domicilio comercial.

Respecto al reconocimiento de poderes del síndico o representante del concurso extranjero se regulará conforme a la ley del país en que fue nombrado y podrá ejercer funciones en cualquier Estado contratante (artículo 45).

Finalmente, cabe señalar que no contempla excepciones expresas a su aplicabilidad pero debido a la terminología utilizada y sus disposiciones podríamos pensar que no se aplica a los concursos recuperatorios.³⁷⁹

(b). Los Tratados de Montevideo 1940.-

Conmemorando el cincuentenario de los Tratados de Montevideo de 1889 se celebró en ese mismo lugar el Congreso Suramericano de Derecho Internacional Privado. De esta reunión de juristas resultó el Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional y el Tratado de Derecho Procesal Internacional que fueron un intento de revisar y reemplazar el primer Tratado de 1889, pero no tuvieron mucho éxito por los pocos países que los ratificaron, estos son, Argentina, Paraguay y Uruguay.³⁸⁰

El Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional reguló los concursos mercantiles en su Título VIII (artículos del 40-53), modificando o mejorando algunos artículos

³⁷⁸ Cf. FLETCHER, Ian. Op. cit., p. 284.

³⁷⁹ Cabe señalar que para la fecha en que se redactó el presente Tratado los mecanismos para reestructuración de la empresa eran casi inexistentes, dado que su aparición se dio a los principios del siglo XX.

³⁸⁰ Cf. SOTOMONTE MUJICA, David. Insolvencia ..., Op. cit., p. 104-109.

contemplados en el Tratado de 1889. En el Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo se dio un tratamiento separado a los concursos civiles.³⁸¹

Al igual que en el tratado de Montevideo de 1889, el Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de 1940 daba la competencia al tribunal donde se encontrara el domicilio del deudor o sociedad mercantil para declarar la quiebra, dicha competencia no era desplazada aún si el deudor realiza accidentalmente actos de comercio en otros Estados o tiene en éstos una o más agencias, sucursales u otros establecimientos que dependen enteramente de él. Sin embargo, a diferencia del tratado de 1889, en su artículo 3 el Tratado de 1940 define al domicilio comercial como el lugar donde está ubicada la *sede principal de los negocios del deudor*, pero no da lineamientos para saber cuál es ésta cuando el deudor tiene negocios dispersos en diferentes países, no señala alguna presunción.³⁸²

Respecto al comerciante o sociedad mercantil que constituye establecimientos, sucursales o agencias en otros Estados, se consideran domiciliados en el lugar donde funcionen y sujetos a la jurisdicción de las autoridades locales, en lo que respecta a las operaciones que allí practiquen. Esto se complementa con el artículo 42 que señala que la declaración de la quiebra y demás actos relativos a ella, cuya publicación es requerida por las leyes del Estado que ha declarado la quiebra, se publicarán en los que existan establecimientos, agencias o sucursales del fallido, sujetándose a las formalidades establecidas por las leyes locales. Así se aleja del concepto de universalidad en los casos en que el quebrado tiene dos o más establecimientos comerciales independientes en diferentes Estados puesto que otorga la competencia para conocer el juicio de quiebra de cada una de estos al tribunal de sus respectivos domicilios, al igual que en el tratado de 1889. Sin embargo, los tratados de 1940 dan mayor detalle de las excepciones relacionadas con las quiebras plurales.^{383 384}

Sus artículos 43 y 44 sobre las medidas preventivas son similares a los artículos 37 y 38 del tratado del 1889. Las medidas preventivas dictadas en el procedimiento de quiebra se harán

³⁸¹ *Ibíd.*

³⁸² *Ibíd.*

³⁸³ El Tratado de Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de 1940 en sus artículos 45 y 46 y el Tratado Procesal Internacional de 1940 en sus artículos 16-25.

³⁸⁴ Cf. FLETCHER, IAN F, Op. cit. pp. 279-281.

extensivas a todos los bienes del deudor, incluso si estos están en otro Estado, pero con arreglo a las normas locales del *situs*. Para realizar dichas medidas ejecutivas en el otro Estado se necesita de las respectivas cartas rogatorias, el juez exhortado deberá publicar durante 30 días avisos para dar a conocer el hecho de la declaración de quiebra y las medidas dictadas en los lugares donde el deudor tenga sus bienes, el Tratado de 1889 señalaba que esta publicación debía ser por 60 días.³⁸⁵

En su artículo 45 establece que los acreedores locales pueden abrir nuevos procedimientos de quiebra contra el deudor en sus respectivos Estados, durante los 60 días posteriores a partir de la fecha en que se hizo la publicación a que se refiere el artículo 44.³⁸⁶

Las respectivas medidas preventivas dadas en un procedimiento se deberán dar en otros Estados donde el deudor tenga propiedades de acuerdo a sus normas locales, sin embargo esto requiere de coordinación entre los procedimientos paralelos. Asimismo, el artículo 20 del Tratado de Derecho Procesal Internacional otorga derechos a los acreedores locales a abrir procedimientos paralelos y enfatiza que, al igual que en los procedimientos únicos, los créditos locales tendrán preferencia. El efecto real de esta disposición es delimitar el activo local para el beneficio de los acreedores locales.³⁸⁷

Asimismo, el artículo 48, ante un solo juicio, se da una regla “discriminatoria” a favor de los créditos locales quienes tendrán preferencia frente a la masa de bienes correspondientes al Estado de su localización. Sin embargo, esta regla es exceptuada en los casos de acreedores hipotecarios y prendarios cuya seguridad fue constituida antes de la fecha de pago definitiva, la misma excepción pone el artículo 22 del Tratado de Derecho Procesal Internacional.³⁸⁸

Respecto a los bienes que se encuentran en un Estado en el cual no se ha abierto algún procedimiento de quiebra (artículo 51), estos bienes concurrirán al activo de la quiebra cuyo juez lo previno primero, sin embargo, esto puede causar problemas al generar

³⁸⁵ Cf. *Ibíd.*

³⁸⁶ Cf. *Ibíd.*

³⁸⁷ Cf. *Ibíd.*

³⁸⁸ Cf. *Ídem.*, p, 282.

incentivos en los acreedores de realizar medidas para trasladar el bien o ejecutar el bien en su favor; además que no se entiende por qué la norma prevé tal disposición cuando los procedimientos de quiebra involucran a un mismo deudor. Por otro lado, en el tratado de 1889 no hay una regla de cooperación entre los otros Estados, sólo señala que en caso de que luego de un procedimiento de quiebra sobre activos en dicha jurisdicción, deberán pasar otro proceso de quiebra que se esté llevando en otra jurisdicción.³⁸⁹

Por otro lado, el artículo 49 señala que el administrador de la quiebra debe ser reconocido en todos los demás Estados contratantes, se le debe de reconocer los derechos y obligaciones que el Estado que lo designó le otorgue; no obstante, sobre la distribución de los bienes deberá ajustarse a la ley de la situación de estos. Cuando hay más de un juicio de quiebra señala el artículo 52 que el juez donde esté domiciliado el deudor quien será competente para dictar todas las medidas de carácter civil que le conciernen personalmente.³⁹⁰

Finalmente, el artículo 47 del tratado de 1889 sobre rehabilitación no se observa en el Tratado comercial terrestre internacional de 1940, pero sí en el de Derecho Procesal Internacional, en su artículo 24 habla de la rehabilitación del fallido, que debe ser dictada por el juez de su domicilio, con arreglo a la ley del mismo. Ambos tratados de 1940 contienen medidas similares, cuyos efectos se extienden a todo el procedimiento de la quiebra.³⁹¹

(c). El Código de Derecho Internacional Privado 1928.-

Fue dado en La Habana (Cuba), durante la Sexta Conferencia Internacional Americana. El evento contó con la presencia de veintiún países³⁹² delegados, pero sólo fue

³⁸⁹ Cf. *Ibíd.*

³⁹⁰ Cf. *Ídem.*, p, 283.

³⁹¹ Cf. *Ídem.*, p, 284.

³⁹² Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

ratificado por quince de ellos.³⁹³ Este tratado pudo haber sido una norma de gran relevancia por la cantidad de Estados que lo ratificaron, sin embargo fue muy poco lo que aportó para superar la insolvencia transfronteriza.³⁹⁴

El Código Bustamante es una convención de *unificación de reglas de conflicto*.³⁹⁵ Éste se aplica a toda clase de procedimientos, tanto a procedimientos liquidatorios como a procedimientos de reestructuración, que se le siga a un deudor domiciliado en alguno de los Estados contratantes, como lo señala en su artículo 414; asimismo, el mencionado artículo plasma el principio de la unidad-universalidad del proceso de quiebra cuando señala que si el deudor tiene un solo domicilio comercial, no podrá haber más que un solo juicio atribuyéndole efectos extraterritoriales al único procedimiento y a la ley del foro, y dando como factor de competencia judicial el domicilio del deudor. No obstante, este artículo abre la posibilidad de que cuando el deudor tenga más de un domicilio comercial puedan solicitarse procedimientos de insolvencia en cada uno de ellos, dándose una pluralidad de juicios respecto a un mismo deudor. Asimismo, en su artículo 415, plantea también la pluralidad de procedimientos en caso el deudor tenga varios establecimientos mercantiles independientes económicamente, dando matices del principio de territorialidad. Se observa en estos artículos que se adopta uno u otro sistema (universalidad o territorialidad) dependiendo de la forma corporativa de cada empresa, una única empresa o si ésta trabaja bajo un esquema de filiales.³⁹⁶

La norma a pesar de que contempla la posibilidad de abrir procedimientos paralelos de insolvencia, no señala cuál es el proceso principal y cuáles serían los procedimientos secundarios. Tampoco señala cuales serían los instrumentos de coordinación entre ellos.

³⁹³ Este Código no tuvo gran aceptación; Estados Unidos se retiró a mitad de las negociaciones, México y Colombia no firmaron dicho tratado, Argentina, Uruguay y Paraguay decidieron regirse por las normas de Montevideo en lo relativo al Derecho Internacional Privado, y el resto de los países ratificaron con grandes reservas.

³⁹⁴ SOTOMONTE MUJICA, David. *Insolvencia...*, Op. cit., p. 117.

³⁹⁵ BOUTIN I, Gilberto. *“La insolvencia transfronteriza en el derecho internacional privado uniforme y en el Código Bustamante”*. En: DeCita: *Insolvencia Internacional*. N° 11.2009.,p.,112.

³⁹⁶ BOUTIN I, Gilberto. *“La insolvencia... p, 113.*

Los procedimientos de insolvencia tienen como regla la igualdad de los acreedores, pero éstos puede presentar excepciones, como el beneficio del que gozan los acreedores privilegiados quienes tienen un derecho real preferencial, como lo señala en su artículo 420³⁹⁷:

“las acciones y derechos reales, la competencia recaerá sobre las autoridades judiciales de los Estados contratantes donde se encuentren ubicados dichos bienes. Sólo en caso que se haya adquirido tal derecho real con fraude a los acreedores no se aplicará”.

Respecto a la ley aplicable -en base al principio de unidad-universalidad- el Código establece, para casi todos los asuntos, la aplicación de la ley del Estado contratante que dio inicio al procedimiento. Otorga efectos extraterritoriales a: la declaratoria de incapacidad del deudor (previo cumplimiento de los requisitos de publicidad y registro que prevea el Estado donde se quiera extender la medida)³⁹⁸; los efectos de la declaratoria de concurso³⁹⁹; el reconocimiento de las funciones y facultades del administrador del concurso sin necesidad de trámite alguno en los otros Estados contratantes⁴⁰⁰; los periodos de sospecha o retroacción de los concursos, así como de revocatoria y anulabilidad de determinados actos⁴⁰¹; el convenio entre acreedor y deudor, con excepción de los de garantía real⁴⁰², y la rehabilitación del deudor⁴⁰³.

³⁹⁷ *Ibíd.*

³⁹⁸ Artículo 416: *“La declaratoria de incapacidad del quebrado o concursado tiene en los Estados contratantes efectos extraterritoriales mediante el cumplimiento previo de las formalidades de registro o publicación que exija la legislación de cada uno de ellos.”*

³⁹⁹ Artículo 417: *“El auto de declaratoria de quiebra o concurso dictado en uno de los Estados contratantes, se ejecutará en los otros en los casos y forma establecidos en este Código para las resoluciones judiciales; pero producirá, desde que quede firme y para las personas respecto de las cuales lo estuviere, los efectos de cosa juzgada.”*

⁴⁰⁰ Artículo 418: *“Las facultades y funciones de los síndicos nombrados en uno de los Estados contratantes con arreglo a las disposiciones de este Código, tendrán efectos extraterritorial en los demás, sin necesidad de trámite local alguno.”*

⁴⁰¹ Artículo 419: *“El efecto retroactivo de la declaración de quiebra o concurso y la anulación de ciertos actos por consecuencia de esos juicios, se determinarán por la ley de los mismos y serán aplicables en los demás Estados contratantes”.*

⁴⁰² Artículo 421: *“El convenio entre los acreedores y el quebrado o concursado, tendrá efectos extraterritoriales en los demás Estados contratantes, salvo el derecho de los acreedores por acción real”.*

⁴⁰³ Artículo 422: *“La rehabilitación del quebrado tiene también eficacia extraterritorial en los demás Estados contratantes, desde que quede firme la resolución judicial en que se disponga, y conforme a sus términos”.*

Cabe preguntarnos sobre los efectos en el tiempo de esta ley de la insolvencia cuando su reconocimiento se extiende a otros Estados. El autor GILBERTO BOUTÍN señala que los efectos retroactivos de la declaratoria de la quiebra no deben subordinarse al control de un exequátur, considera que la solución lo da la propia norma cuando parte de un supuesto de un proceso de insolvencia internacional y da como ley aplicable la del Tribunal de la sede social de la empresa. En consecuencia, el estado de declaratoria así como el período de sospecha y sus consecuencias retroactivas no pueden estar supeditados a incidencias administrativas de control de reconocimiento, puesto que estos efectos responden a medidas de aseguramiento judicial y autodefensa de la masa de acreedores, de otro modo se hace ilusoria. El autor considera que *“la retroactividad debe ser producto de una ley competente extranjera y aceptada por la norma del foro o producto de una integración del sistema conflictual como lo es el Código Bustamante”*.⁴⁰⁴

Se puede hacer una división entre los efectos de declaratoria de quiebra no subordinados a exequátur y los efectos de ésta subordinados a exequátur. Entre los primeros tenemos los efectos relacionados a la designación del administrador del concurso que se encuentra contemplado en el artículo 418 y señala que esta designación produce efectos sin necesidad de someterse a trámite alguno -un reconocimiento automático-; los efectos vinculados en el tiempo decretado por el proceso de insolvencia en el extranjero, estos deben ser retroactivos y producir efectos a partir de la fecha de declaratoria de quiebra pronunciada por el juez extranjero; y los efectos que afectan el estatuto personal del deudor así como la regla de rehabilitación del deudor producirá efectos de pleno derecho.⁴⁰⁵

Respecto a los efectos de declaratoria de quiebra subordinados a un exequátur se encuentra la sentencia declarativa de la misma respecto a sus efectos referidos en el artículo 417 que está más enfocado a los efectos de desapoderamiento, medida que requiere el uso de la fuerza pública o actos de coerción.⁴⁰⁶ Y, por ello, dicha resolución se somete al control de los actos jurisdiccionales previstos en esta convención⁴⁰⁷

⁴⁰⁴ BOUTIN I, Gilberto. “La insolvencia... Op. cit. p, 412-414.

⁴⁰⁵ Cf. Ibíd.

⁴⁰⁶ Cf. Ídem., p, 415-416.

⁴⁰⁷ Artículo 423.

El Código Bustamante contempla la posibilidad de rehabilitación del quebrado en su artículo 422, nos señala que ésta tiene eficacia extraterritorial en los demás Estados contratantes, desde que quede firme la resolución judicial en que se disponga tal medida y conforme a los términos de la misma. Al respecto nos dice GARCÍA CALDERÓN⁴⁰⁸ que se desprende del texto de esta regla que ella se refiere exclusivamente a la rehabilitación en los casos de unidad de la quiebra. El Código Bustamante carece de norma aplicable a la rehabilitación en los casos de pluralidad.

A pesar de que algunos autores se han mostrado optimistas respecto al grado de universalidad alcanzado por el Código Bustamante en los procedimientos de insolvencia internacional, podemos observar algunas deficiencias puesto que éste en principio no podrá ser aplicado, como lo menciona SOTOMONTE⁴⁰⁹, en el caso en que el Estado contratante que deba reconocer una sentencia de quiebra, se abstenga de reconocerla alegando que ésta atenta contra su orden público.

En el Código Bustamante se proclama el principio de universalidad. No se hace referencia de qué sucederá con los créditos que no son locales en el caso de un procedimiento único, sin embargo, es muy característico de en las insolvencias nacionales discriminar a favor de los créditos locales.⁴¹⁰

Respecto a estos Convenios, el factor de atribución de la competencia judicial internacional es el domicilio habitual del deudor, para personas naturales, o domicilio social, para personas jurídicas; en la actualidad, éstos han sido reemplazados por el “*centro de los intereses principales del deudor*”, no obstante, continúan siendo importantes porque en ellos se presume localizado dicho centro. Por otro lado, dichos convenios establecen la pluralidad de foros pero no han desarrollado normas adecuadas que señalen la coordinación entre dichos procedimientos. Asimismo, no hay normas que regulen el procedimiento de insolvencia cuando éste contemple procedimientos secundarios, en caso de una reestructuración de la empresa.

⁴⁰⁸ GARCÍA CALDERÓN, Manuel: “Derecho Internacional Privado”, Lima: Fondo del Programa de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1969, p. 377.

⁴⁰⁹ Cf. SOTOMONTE MUJICA, David. Insolvencia..., Op. cit., p., 121 y 122.

⁴¹⁰ FLETCHER, IAN F, Op. cit., pp. 289-290.

Estos convenios han tratado el tema de los grupos empresariales, reconociendo la independencia de cada empresa que lo constituye han adoptado por un procedimiento independiente para cada una de ellas. Hoy en día ha sido muy difícil adoptar una posición sobre este grupo de empresas que trabajan en un esquema de filiales puesto que cada una de ellas constituye una unidad económica independiente y con propia personería jurídica por lo que es lógico realizar un proceso de insolvencia independiente para cada una de ellas; sin embargo, actualmente cuando se demuestra que dentro de este grupo hay una sociedad dominante que dirige a las demás, se abrirán procedimientos de insolvencia coordinados donde el principal será el seguido a dicha sociedad y los secundarios a las empresas dirigidas.

Aún en estos tratados es posible encontrar ciertos principios vigentes en algunas de sus disposiciones, entre ellas, la ley aplicable al concurso que será la ley del lugar de apertura del procedimiento de insolvencia cuando éste tenga efecto universal, en algunos casos también se aplica esta disposición a los procedimientos territoriales, en otros casos, -el Código Bustamante- no hace referencia a qué norma se aplicará para ellos. Asimismo, se plantea excepciones a la *LEX CONCURSUS*, generalmente encabezadas por la *LEX REI SITAE*. Finalmente, el Código Bustamante le otorga a la sentencia de declaratoria de quiebra efectos de reconocimiento automático, así como para algunas de sus disposiciones; mientras que las medidas ejecutivas necesitarán pasar por el procedimiento de exequátur. En cambio, los tratados de Montevideo no se pronuncian al respecto, por lo que se entiende que deberán pasar por el procedimiento de exequátur para las sentencias en general.

3.3.2. Europa.-

Este continente ha sido considerado por diversos autores como el pionero en iniciativas unificadoras, hemos observado en las iniciativas bilaterales a muchos países europeos involucrados en lograr un mejor marco normativo en materia de insolvencia internacional.

Europa siempre ha estado en busca de la integración económica, primero como Comunidad, luego como Unión Europea, como consecuencia lógica de ésta integración se dio un aumento en las relaciones jurídicas-económicas de los agentes del mercado de los distintos Estados involucrados y la consecuente vinculación de sus patrimonios; debido a ello una crisis económica podría generar efectos nocivos, por lo que los estudiosos de la insolvencia así como los Estados miembro al interior de la Comunidad buscaron una solución al tratamiento de la insolvencia internacional.⁴¹¹ Al respecto, cabe señalar que en el panorama actual se ve reflejada esta situación, la crisis económica que afectó en sus inicios a algunos Estados parte ha venido “contagiando” a las economías de los demás Estados miembros de la Unión Europea, ya que si bien esa integración los hace fuertes también los hace vulnerables al tener sus economías cada vez más integradas. En este panorama se han observado el incremento del número de empresas transnacionales sometidas a un procedimiento de insolvencia internacional.

En Europa se han desarrollado dos convenciones regionales en materia de insolvencia transfronteriza: la Convención de la quiebra de los Países Nórdicos de 7 de Noviembre de 1933 y el Reglamento Europeo Comunitario⁴¹².

(a). *La Convención de la quiebra los Países Nórdicos de 7 de noviembre de 1933.- (Unión Escandinava y Nórdica)*⁴¹³

Los países miembro del Consejo Nórdico concluyeron esta convención en Copenhague el 7 de noviembre de 1933 y está vigente en la actualidad.⁴¹⁴ Regula aspectos

⁴¹¹ Cf. SOTOMONTE MUJICA, David. *Insolvencia...*, Op. cit., p., 70.

⁴¹² Cabe señalar que pese a que mencionamos el Reglamento Europeo sobre procedimientos de insolvencia en este punto se hará un estudio detallado posteriormente.

⁴¹³ Con la entrada en vigencia del Reglamento de procedimientos de insolvencia N° 1346/2000 el 32 de mayo del 2002, Finlandia y Suecia quedaron vinculados a esta nueva regulación, no obstante, Dinamarca pese a ser miembro de la Unión Europea, se abstuvo de ser parte de este Reglamento. Los otros dos Estados parte de la Convención Nórdica, Noruega y Islandia, no son parte de la Unión Europea por tanto el Reglamento no les es aplicable. La Convención Nórdica sigue estando vigente para Finlandia y Suecia respecto de sus relaciones para resolver las insolvencias transfronterizas con las otras partes vinculadas a dicho documento.

⁴¹⁴ Algunas modificaciones se hicieron en 1977 y 1982, y tienen vigencia en Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia. No obstante la versión original mantiene su vigencia en Islandia.

de la práctica internacional que afecta la insolvencia en los Estados Escandinavos, cuyos sistemas legales son muy similares.⁴¹⁵

La Convención Nórdica es aparentemente breve ya que sólo desarrolla 17 artículos. Sin embargo, estas disposiciones contienen detalles específicos que tratan no sólo sobre temas de jurisdicción, efectos internacionales y reconocimiento sino que también tratan sobre la elección de la ley aplicable. La idea central en el marco de esta Convención tiene su base en una posición común de los cinco Estados miembros, consideran que el *fórum* óptimo para alcanzar los propósitos de la insolvencia es del lugar donde el deudor tiene un estrecho vínculo económico, aunque pueda surgir alguna incertidumbre en casos particulares, es preferido como punto de partida el *fórum* del domicilio del deudor, para personas no comerciantes su lugar de residencia y en el caso de comerciantes será el lugar principal de donde su actividad comercial es administrada.⁴¹⁶

No hay una regla explícita sobre la competencia jurisdiccional, pero se puede entender del artículo 13 que es *el domicilio la base para atribuirle a un Estado parte dicha competencia internacional* en la materia, puesto que éste señala que están fuera del ámbito de aplicación del tratado los procesos de quiebra declarados por un tribunal distinto al del domicilio del deudor, en caso de personas naturales, y sede social, en caso de personas jurídicas.⁴¹⁷ En consecuencia, sólo serán reconocidos en otros Estados los procedimientos que hayan sido abiertos por una corte donde el deudor se encuentre domiciliado.⁴¹⁸

La convención le da un efecto internacional a la declaración de insolvencia del deudor, ya que ésta se extiende a los Estados parte donde el deudor tiene alguna propiedad. Este efecto internacional es automático, no requiere de registro o un exequátur en el otro Estado donde la propiedad está localizada. En su artículo 1 párrafo 2 la convención determina que *la ley aplicable es ley del lugar donde se declaró la insolvencia*, esta *LEX FORI CONCURSUS* debe determinar las siguientes materias: despojar al deudor de la administración de sus propiedades (los activos que comprenden la masa del concurso); los activos que pueden

⁴¹⁵ Cf. OMAR, Paul J. Op. cit. p. 189.

⁴¹⁶ Cf. FLETCHER, IAN F, Op. cit. pp. 291-292.

⁴¹⁷ Cf. ESPLUGUES MOTA, Carlos. La Quiebra ...Op. cit. p. 132 y 133.

⁴¹⁸ Cf. OMAR, Paul J. Op. cit. p. 189.

reincorporarse al patrimonio del deudor como consecuencia de un acto de disposición anulable; los derecho y obligaciones del deudor durante la insolvencia; la administración de la propiedad del deudor y las transacciones respecto de ellas; los derechos de los acreedores respecto al pago de sus acreencias; la asignación de los activos; y algún acuerdo con los acreedores.⁴¹⁹

Sin embargo, en su párrafo 3 da algunas excepciones a la aplicación de la *LEX CONCURSUS*, tales como: para saber si determinados activos están exentos de embargo para satisfacer los créditos en un procedimiento de insolvencia se deberá acudir a la ley donde se encuentra el bien, la *LEX SITUS*, pero no se prevé el caso en que el activo haya sido movido de su lugar original para gozar de alguna excepción de su nuevo sitio, por lo que la norma de su nueva ubicación determinará si este cambio de ubicación es ilícita y debe privar al procedimiento de insolvencia de retener esta propiedad.⁴²⁰

También los artículos 4, 5 y 6 dan algunas excepciones a la *lex concursus*. En el artículo 4, se establece la validez de las transacciones establecidas antes de la quiebra, por las cuales el deudor adquirió derechos sobre propiedades inmuebles y sus accesorios. Preguntas tales como la necesidad de registrar tales actos, como una condición necesaria para su validez frente al estado del quebrado, y también interrogantes como la invalidez de estos actos serán resueltas por la *LEX SITUS*. En caso de bienes muebles sobre alguna duda sobre el registro o publicidad como condiciones necesarias para la hipoteca de estas propiedades serán establecidas por las normas del Estado contratante donde se encontraba la propiedad al dar inicio el procedimiento. Respecto a los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los derechos adquiridos en virtud de medidas de ejecución serán resueltas de acuerdo con la ley del Estado donde la ejecución ha ocurrido. El artículo 5 da normas adicionales a favor de la *LEX SITUS*, respecto a los derechos de los acreedores que tienen hipotecas o prendas, con independencia de la quiebra. Esta norma rige todos los activos muebles o inmuebles, registrará el *SITUS* de la propiedad al momento en que la quiebra fue declarada. El artículo 6 determina que el procedimiento para la venta de una propiedad que forma parte

⁴¹⁹ Cf. FLETCHER, IAN F, Op. cit., pp. 293-295.

⁴²⁰ Cf. *Ibíd.*

de la quiebra debe ser conducida de acuerdo con la ley del Estado en donde la propiedad está situada.⁴²¹

En esta Convención la declaración de insolvencia tiene efectos internacionales, los cuales son inmediatos y automáticos en todos los Estados parte, e indica un procedimiento que es esencial seguir para dar una publicidad rápida y completa de este suceso. Este procedimiento está regulado en su artículo 2, en el que establece que la autoridad de la insolvencia debe dar inmediato conocimiento del hecho a los otros Estados miembros, anunciando en sus Diarios Oficiales, y siguiendo el requisito del registro de propiedad o algún otro, según corresponda, de acuerdo con la norma local del *SITUS*. Asimismo, debe notificar a los acreedores que conozca de otros Estados miembro. La norma no establece sanciones en caso que no se cumplan con estos requerimientos previstos. No obstante, los acreedores que se hayan visto perjudicados por notificaciones tardías podrán gozar de las reparaciones que la ley donde se lleve el procedimiento prevea. Del mismo modo, establece en su artículo 3 algunas medidas que deberán adoptar las cortes de los demás Estados parte para salvaguardar el patrimonio del deudor, a pedido de la autoridad oficial de la insolvencia, estas son: hacer un inventario de las propiedades situadas en sus territorios y tomar las medidas necesarias para su conservación o su venta. También dicho artículo señala que respecto a las propiedades que se encuentran situadas en otro Estado diferente a donde se abrió el procedimiento, la autoridad de la insolvencia tendrá el mismo derecho a requerir asistencia de las cortes del *SITUS* como lo harían las autoridades locales; asimismo, esta autoridad de la insolvencia conserva los derechos que le otorga la ley del Estado que lo nombró, en consecuencia, los derechos de la autoridad de insolvencia para actuar respecto a las propiedades en otro Estado contratante son variables, de acuerdo al lugar donde se busque la asistencia y conforme a la ley del Estado que los nombró.⁴²²

Respecto del tratamiento de los créditos privilegiados, se puede observa una división entre los créditos privilegiados señalados en su artículo 1, regidos por la *LEX CONCURSUS*, que llamaremos créditos privilegiados generales, y excepciones a ésta en los artículos 7 y 8 regidos por la *LEX SITUS*, a los que denominaremos créditos privilegiados particulares.

⁴²¹ Cf. *Ibíd.*

⁴²² Cf. *Ídem.*, pp. 295-296.

Son aquellos créditos privilegiados sobre activos particulares, y como regla general deben regirse por la *LEX SITUS* que debe resolver la cuestión sobre créditos privilegiados, hipotecas, prendas u otros derechos reales vinculados a dichos activos, según lo establece el artículo 7. Asimismo, señala en su párrafo 2 disposiciones especiales para dar tratamiento privilegiado a los créditos fiscales y otras obligaciones públicas. Este estatus de crédito preferencial es dado por la ley local y limitado a los activos que se encuentran en el Estado donde estos deben ser pagados, una vez agotados dichos activos, estos créditos se tratarán como ordinarios, no créditos privilegiados en el proceso central de distribución.⁴²³ El artículo 8 señala que para la aplicación de la *LEX SITUS*, debe considerarse el lugar donde se encontraba el activo al momento en que se declaró la insolvencia.⁴²⁴

Esta Convención también establece disposiciones para el reconocimiento y la ejecución de los convenios con los acreedores (*compositions creditors*)⁴²⁵. Artículo 10, párrafo 2 señala que las decisiones judiciales dictadas en cualquiera de los Estados que ratifican un acuerdo entre deudor y los acreedores se aplicará también en otros Estados, y ello se dará independientemente de si la quiebra posee bienes en el territorio de uno de ellos.

Esta convención que tiene más de 70 años ha logrado mantenerse vigente debido al alto nivel de confianza mutua en cada una de las otras instituciones y procesos legales de los Estados miembros. Los efectos internacionales y automáticos que da la convención a la declaración de quiebra refleja una unidad de procedimiento, y se observa que no hay alguna discriminación respecto a las acreencias no locales. Los intereses asociados a la propiedad son respetados, eligiendo como ley aplicable la *LEX SITUS*. Debemos tomar en cuenta que la excepcional homogeneidad de estos Estados fue clave para la realización de esta Convención, ya que cuando existe más diversidad de grupos o categorías de Estado, surgen más dificultades técnicas y políticas que hacen difícil llegar a un acuerdo semejante. Se

⁴²³ Cabe señalar que se formará un fondo común con todos los bienes del deudor que se encuentran en los Estados miembro, excluyendo los bienes que corresponden a los créditos privilegiados particulares. La distribución de este fondo común para los créditos privilegiados generales estará regida por la *lex concursus*, según lo señala el artículo 1.

⁴²⁴ FLETCHER, IAN F, Op. cit., pp. 296-298.

⁴²⁵ Compositions with creditors: A contract made by an insolvent or financially pressed debtor with two or more creditors in which the creditors agree to accept one specific partial payment of the total amount of their claims, which is to be divided pro rata among them of full satisfaction of their claims. Consultado el 05.02.2011. < <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Composition+with+Creditors> >.

debe observar que esta Convención Nórdica no aspira a ser un puente entre estos Estados y el mundo, pues no resuelve casos en que el procedimiento principal se de en un tercer Estado o si los principales activos del deudor se encuentran en un Estado distinto a los Estados parte.⁴²⁶

(b). *Reglamento Europeo Comunitario sobre procedimientos de insolvencia.*-

Ver su desarrollo en el capítulo III.

3.3.3. Países de América del Norte: México, Estados Unidos y Canadá.

Estos países formaron un bloque comercial regional para la colaboración entre las Américas, estableciendo un Tratado de Libre Comercio con enormes ventajas para ellos que entró en vigencia en enero de 1994. Sin embargo, fue muy difícil construir una estructura comercial transnacional o establecer relaciones comerciales entre estos Estados, dadas las diferentes raíces de sus sistemas legales. Por un lado, México que pertenece al *civil law*, en el que la ley está plasmada en un código y es aplicada por el juez, quien le debe una lealtad a la intención expresada en la ley por el legislador. De otro lado, Canadá y Estados Unidos cuya cultura legal proviene del *common law* y hace énfasis en la discrecionalidad del juez e iniciativa en desarrollar apropiadas respuestas de acuerdo a los cambios y necesidades sociales, no obstante sus sistemas no son idénticos. Asimismo es preciso mencionar que ambos tienen un estado que les da una mixtura legal a sus sistemas - el estado de Quebec en Canadá y el estado de Luisiana en Estados Unidos- que pertenecen al *civil law*.⁴²⁷

Debido a la ausencia de un tribunal central, como la Corte de Justicia Europea, se hace indispensable que los tribunales locales de los tres países cuenten con elementos apropiados para resolver los casos en el contexto del acuerdo. Entre uno de los problemas que se presenta y que requiere mayor atención está la insolvencia internacional, que ha buscado ser resuelta por una iniciativa de la *American Law Institute* elaborando una guía de

⁴²⁶ Cf. Ídem., p, 299.

⁴²⁷ Cf. Ídem., pp, 300-301.

principios que busca regir en las actuaciones de las cortes y los abogados de estos países que operan en un mundo multi-jurisdiccional,⁴²⁸ y que observaremos brevemente a continuación.

- *Cooperación dentro de los países del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN): El proyecto de insolvencia transfronteriza de la American Law Institute⁴²⁹ (ALI).*-

El ALI estableció un Proyecto de Insolvencia Transnacional, el que empezó en 1994, examinando la legislación en los Estados miembros del TLCAN. Este trabajo fue dividido en dos fases. En la primera fase, cada país debía preparar un breve texto de los aspectos locales e internacionales de sus legislaciones de insolvencia y su práctica, debían de asegurarse de transmitir a través de estos textos lo que actualmente ocurría en los procesos legales en marcha. En la segunda fase se busca -sobre el intercambio de ideas generado en la primera fase- la preparación de un tratado denominado: “*Principios de Cooperación entre los países del TLCAN*” que permite un mejor tratamiento de los procedimientos de insolvencia internacional. Este documento fue aprobado en el encuentro anual del ALI, en mayo de 2000. Estos principios no sólo pueden ser aplicables el particular contexto para el que se crearon, sino que son también potencialmente adaptables a procedimientos de insolvencia fuera del TLCAN.⁴³⁰

Entre los principios claves expuestos en el texto tenemos:

- Cooperación y reconocimiento,
- compartir información y tomar medidas rápidas y efectivas para preservar los activos del deudor,

⁴²⁸ Cf. Ídem.

⁴²⁹ El *American Law Institute* (ALI) es una organización internacional independiente líder en los Estados Unidos, compuesto por 4.000 abogados, jueces, profesores de derecho y de las más altas calificaciones, cuyo fin es la producción de trabajos académicos para aclarar, modernizar y mejorar la legislación. ALI siempre ha sido muy influyente a nivel internacional y, en los últimos años, muchos de sus trabajos han tenido un alcance internacional. Tomado de <http://www.ali.org/index.cfm?fuseaction=about.overview> . Consultada el día 15 de mayo de 2012.

⁴³⁰ OMAR, Paul J. Op. cit. p. 197. FLETCHER, IAN F, Op. cit., pp.301-302.

- lograr una equitativa distribución entre los acreedores en base a la no discriminación,
- acceso a las cortes de los otros Estados parte,
- acceso a relevante información y
- el libre flujo de comunicación entre las partes.

Así encontramos que en los principios del ALI, como en la Ley Modelo, se da un rol esencial a los jueces en el manejo y conducta de los casos internacionales, en el ejercicio de su jurisdicción en los países interesados.

Estos principios también incluyen siete específicas recomendaciones, otorgando así a los jueces un mandato positivo para su conducta en los casos de acuerdo con los precedentes principios generales y los principios procedimentales.⁴³¹

Los principios generales se encuentran en la sección III del mencionado documento, son siete, los cuales representan la piedra angular de los principios del ALI. Estos son, el principio de cooperación entre las cortes y administradores (I), el principio de reconocimiento de un procedimiento de quiebra declarada por un país del TLCAN (II), la aceptación del principio de un compartimiento global del valor de los activos del deudor (V) que se encuentran complementados por el principio de no discriminación (VI) y la norma de igualdad para prevenir que un deudor obtenga una ventaja mayor en relación a otro acreedor de su misma clase (VII). Asimismo se requiere proteger los intereses de todos los acreedores y ello implica una suspensión de la administración del deudor a través de la cooperación de las cortes de todos los países donde éste tenga activos (III). También el principio de información promueve la eficiencia y colectividad, al fomentar el libre intercambio de información entre los procedimientos en marcha y el reconocimiento de los representantes extranjeros para usar todos los mecanismos legales para obtener información de los activos en cada jurisdicción (IV).⁴³²

⁴³¹ FLETCHER, IAN F, Op. cit., p. 303.

⁴³² Ídem., p, 304. The American Law Institute, “Transnational Insolvency: Cooperation among the NAFTA countries”. Consultada el 15.05.2012. http://www.ali.org/doc/nafta_2003.pdf.

Los principios procesales se encuentran en la sección IV del documento, son veintisiete, es el producto de recoger las mejores prácticas presentadas en materia de insolvencia internacional en las legislaciones existentes. Tienen una flexibilidad práctica para la cooperación en un escenario donde se desarrolla más de un procedimiento de insolvencia.⁴³³

La secuencia en que son presentados estos principios procesales refleja el mismo proceso de insolvencia, desde su inicio hasta su conclusión. Comprenden 5 temáticas: (I) reconocimiento y suspensión; (II) accesos a los tribunales; (III) información y comunicación; (IV) administración (incluye un solo proceso, la quiebra total o procedimientos paralelos, y también el tratamiento de grupos corporativos); y resolución (incluye la cuestión de la prioridad en distribución y el efecto obligatorio del plan reorganización).⁴³⁴

El ALI comparte la posición común de la Ley Modelo UNCITRAL y el Reglamento Europeo que concuerdan en dar un rol preponderante al procedimiento principal, considerado como tal al procedimiento que es abierto por el tribunal donde el deudor tiene el *centro principal de sus intereses*.⁴³⁵ No obstante, no descuida que paralelamente a este procedimiento podría encontrarse uno u otros procedimientos en marcha que generarían un conflicto, para evitar ello se necesitará de una adecuada asistencia y cooperación entre estos, por lo que el ALI ha trabajado en estos principios moldeándolos para ser usados ante dicho supuesto.

Este proyecto de insolvencia internacional presentado por el ALI, tiene tres objetivos: (1) abarca exclusivamente la insolvencia en sociedades comerciales, por lo que queda excluida la insolvencia por personas naturales; (2) no se preocupa por insolvencia en sociedades no lucrativas; y (3) busca dar medidas y recomendaciones destinadas a promover la armonización de las relaciones entre los países del TLCAN.⁴³⁶

⁴³³ *Ibíd.*

⁴³⁴ FLETCHER, IAN F, *Op. cit.*, p. 306.

⁴³⁵ *Ídem.*, p., 305.

⁴³⁶ Cf. DURAND PRIETO, María Cristina y REINALES RONDOÑO, Ana María. *Op. cit.* p., 101.

3.4. Iniciativas globales.-

Llamadas así porque las instituciones internacionales o asociaciones de Estados que promueven estas iniciativas normativas no solo buscan que éstas sean adoptadas sólo por los Estados que forman parte de ellas sino que están abiertas a ser suscritas por cualquier Estado que desee incorporarla a su derecho interno. Se buscan que sean una base en todo el mundo para tratar de armonizar o unificar las normas sustantivas o procesales en un particular tema.⁴³⁷ A continuación observaremos algunas de estas iniciativas.

(a). *Las conferencias de la Haya.*-

El tema sobre la insolvencia transfronteriza se abordó por primera vez en la II Sesión de la Conferencia de La Haya en 1894. El primer borrador no incluye el problema de la elección de la ley aplicable, se preocupa por los principios de jurisdicción que no son determinados de modo uniforme sino por la primera corte en conocer el asunto. El reconocimiento de la sentencia de un tribunal por otra corte era sometida a exequátur, el cual era obtenido siempre que ésta considere que dicho tribunal es competente para dictar esa medida. Los efectos de declaración de insolvencia del deudor, los activos del deudor, los poderes del administrador de la insolvencia, la demostración de créditos y la distribución de los dividendos, como los acuerdos con los acreedores, todo ello, debía determinarse por la ley de la corte que reconoce dicha sentencia extranjera.⁴³⁸

En la Tercera Conferencia de La Haya de 1900, se elabora un nuevo borrador donde da exclusiva jurisdicción a la corte donde el deudor tiene su establecimiento principal. Se extendió su aplicación a cubrir el caso de insolvencia de personas civiles. Al administrador del proceso de insolvencia se le dio poder para tomar las medidas preventivas sobre los activos del deudor. La ley que rige la insolvencia debía también regir el orden preferencial de los acreedores, aunque derechos y privilegios reales debían ser regidos por la ley del lugar de su ubicación. Este proyecto se concentró en dar plenos efectos al principio de

⁴³⁷ Cf. OMAR, Paul J. Op. cit. p. 192.

⁴³⁸ Cf. Ídem., p., 193.

unidad y universalidad, evitando la concurrencia de procedimientos.⁴³⁹ No obstante los trabajos realizados, desde el principio se manifestaron las diferencias entre las legislaciones de los Estados involucrados, que se mostraban renuentes a aceptar el principio de la unidad-universalidad de la quiebra, por lo que no se llegó a algún acuerdo de relevancia al respecto. En 1904 se llevó a cabo la IV Conferencia donde se volvió a trabajar sobre el asunto, este texto tenía como objetivo asegurar los efectos universales de una quiebra declarada en el extranjero, en tal sentido, incorporó normas de competencia indirecta.⁴⁴⁰ No hubo un cambio sustancial, aunque sí incluyó una afirmación explícita respecto al tratamiento de los créditos extranjeros, para que disfrutaran de un estatus igual al de los créditos locales.⁴⁴¹

El convenio elaborado no recibió apoyo por ningún Estado Parte, y con la Primera Guerra Mundial estas reuniones fueron interrumpidas, volviéndose a retomar en el año 1925 en la V Sesión de la Conferencia de la Haya, elaborándose un nuevo proyecto de Convenio estructurado en la forma de Convenio modelo para tratados bilaterales. Este texto mejoró el artículo que comparte con el borrador desarrollado en 1904, respecto al reconocimiento de las quiebras declaradas por un Estado extranjero, tiene normas de competencia indirecta. Para que esta quiebra produzca efectos en otro Estado debe ser declarada por el tribunal donde el deudor encuentre su principal establecimiento comercial, o si en caso este establecimiento no es tomado en cuenta según la ley del Estado que declare la quiebra, por un tribunal del Estado donde se encuentre el domicilio del deudor. En caso se trate de una sociedad o asociación la quiebra debe ser declarada por el tribunal del país donde se encuentre la sede social establecida sin fraude ni fricción. Este proyecto influyó mucho en los Convenios bilaterales desarrollados sobre ésta materia, no obstante nunca llegó a entrar en vigor.⁴⁴²

*(b).The International Bar Association (IBA)*⁴⁴³.-

⁴³⁹ Cf. *Ibíd.*

⁴⁴⁰ Cf. ESPLUGUES MOTA, Carlos. Op. cit. p. 130-131.

⁴⁴¹ OMAR, Paul J. Op. cit. p., 193.

⁴⁴² Cf. ESPLUGUES MOTA, Carlos. Op. cit. p. 132.

⁴⁴³ Esta organización se estableció en 1947, está conformada por abogados, Colegios de Abogados y Sociedades Legales. La IBA influye en el desarrollo de la reforma del derecho internacional y forma el futuro de la profesión legal por todo el mundo. Las organizaciones miembro que la componen abarcan todos los

Es una de las instituciones que más se ha preocupado por lograr una unificación del Derecho Concursal. El resultado de sus investigaciones se ha concretado en diversos textos, en los cuales, en materia de insolvencia transfronteriza encontramos: “*The Model International Insolvency Co-operation Act*” (MIICA) y “*The Cross-border Insolvency Concordat*”.⁴⁴⁴

- *The Model International Insolvency Co-operation Act (MIICA).*-

La iniciativa para investigar el problema de la cooperación en la insolvencia internacional, derivada de las discusiones previas entre los años 1986 y 1988, produjo un texto llamado, “*The Model International Insolvency Co-operation Act*”. Este texto circuló por el comité de los países para ser comentado, revisado, lograr un apoyo general y que se propongan enmiendas al mismo.

El principio general que trató de hacer predominar este documento fue el *principio de la universalidad*, sólo una corte podía conducir la administración de los activos del deudor donde sea que éstos estén localizados. No obstante, la corte también podía dar asistencia a procedimientos extranjeros secundarios realizados en Estados que también utilizan el MIICA. En relación a otros Estados la asistencia es concedida solo si la corte extranjera que requiere la ayuda tiene competencia sobre dicho procedimiento y si no afecta los intereses de los acreedores nacionales. La asistencia entre Estados que regula el MIICA requiere que el administrador de la insolvencia extranjera solicite la apertura de un procedimiento secundario en esa jurisdicción. La ley aplicable dependerá de la naturaleza del procedimiento y ésta es usualmente la ley sustantiva del juez. Sin embargo, con el fin de garantizar una armonía de las normas sustantivas, donde sea posible, los casos de procedimientos secundarios también deberían llevarse a cabo de acuerdo con el derecho sustantivo de la jurisdicción extranjera. Las disposiciones sustantivas de este texto, contenidas en sus siete secciones, establecen: 1) los deberes de una corte local para asistir a un procedimiento extranjero; 2) el procedimiento para dar asistencia; 3) la relación de la

continentes e incluyen a la mayoría de las asociaciones de abogados. Tomado de www.ibanet.org. Consultado el 01. 05.2012.

⁴⁴⁴ Cf. SOTOMONTE MUJICA, David. *Insolvencia...*, Op. cit., p., 98-99.

Ley Modelo con algún tratado específico de insolvencia entre los Estados interesados; y, 4) requiere que los Estados promulgantes de la Ley Modelo reconozca a los administradores de una insolvencia extranjera.⁴⁴⁵

Esta Ley Modelo abre la posibilidad de una mayor armonización a través de un tratado, pero señala que no es aplicable si ya existe un tratado que involucre a los Estados interesados. La meta de este proyecto era armonizar los procesos concursales desde la visión del derecho internacional privado. Aunque no tuvo la acogida esperada, ha ejercido mucha influencia en la Ley Modelo CNUDMI.⁴⁴⁶

- *The Cross-border Insolvency Concordat.*-

Debido al incremento del número de las insolvencias transfronterizas, la IBA se preocupó por elaborar principios que sirvan de guía para los litigantes y jueces en estos procesos. A este texto se le denominó “*The Cross-border Insolvency Concordat*” y fue aprobado en 1995.

Consta de 10 principios que regulan: la existencia de un foro principal responsable de coordinar todos los procedimientos de insolvencia relativos a un mismo deudor; también debe ser responsable por la coordinación de administración y formación de la masa, distribución del remanente e igualdad de acreedores; el reconocimiento, funciones y facultades del representante de un procedimiento extranjero; derechos de los acreedores extranjeros; publicidad en la información; la ley aplicable en materia de prelación legal; casos en que los acreedores locales tienen preferencia sobre los bienes que se encuentran en el lugar de su ubicación; aplicación extraterritorial de las normas que permitan la anulación o revocación de determinado acto; igualdad de los acreedores respecto al acuerdo que se pueda llegar con el deudor.⁴⁴⁷ En la práctica, estos principios aquí establecidos han sido

⁴⁴⁵ Cf. OMAR, Paul J. Op. cit. p., 193-194.

⁴⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁴⁷ Cf. SOTOMONTE MUJICA, David. *Insolvencia...*, Op. cit., p, 100.

aplicados en el desarrollo de numerosos protocolos para el tratamiento de la insolvencia transfronteriza en Canadá y en los Estados Unidos.⁴⁴⁸

(c) La Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).-

La Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en adelante, *CNUDMI* o UNCITRAL, fue creada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1966 por Resolución 2205 de 17 de diciembre de 1966. Ésta le otorgó las funciones de fomentar la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional.

La *CNUDMI* puede utilizar diferentes instrumentos para configurar su normativa, estos son: convenciones, convenios, leyes modelos, guías legislativas o recomendaciones y disposiciones modelo. Para el caso de regular la insolvencia internacional utilizaron una Ley Modelo la misma que estudiaremos en el Capítulo III del presente texto.

En el largo camino por regular la institución del concurso en su ámbito internacional los Estados y las diversas Organizaciones Internacionales han reconocido la gran complejidad que implicaría elaborar un derecho sustantivo del mismo, dada la naturaleza del concurso que no sólo cuenta con aspectos materiales sino también procesales. Asimismo, debido a la pluralidad de ordenamientos se observa que los supuestos para declarar el estado de insolvencia del deudor, tipos de procedimientos, mecanismos de protección y objetivos del concurso varían de Estado a Estado, esto en concordancia con la estructura política y económica de cada cual. Además de ello, las diferencias entre las familias jurídicas a las que pertenecemos –*CIVIL LAW* y *COMMON LAW*– trae como consecuencia diversas respuestas al concurso internacional. En tal sentido, se ha tratado de regular los problemas derivados del concurso internacional en tratados, leyes modelos y principios; de esta manera se puede concluir la veracidad de lo señalado por el Doctor *VOLKEN*: “*no hay un derecho internacional de la quiebra, pero sí un derecho de la quiebra internacional*”.

⁴⁴⁸ OMAR, Paul J. Op. cit. p., 195.

De otro lado, el derecho de la insolvencia internacional ha pasado de tener su base en el “*HARD LAW*”, a través del desarrollo de tratados sobre la insolvencia transfronteriza, a una regulación con base en el “*SOLF LAW*”, a través de la elaboración de principios o leyes modelos. Al respecto, debemos señalar que se ha buscado como solución una regulación de *SOLF LAW*, ya que es mejor alcanzar un consenso plasmado en un instrumento de esta naturaleza con la posibilidad de ser incorporado por los Estados, a desarrollar un tratado que no sea adoptado por ellos.



CAPÍTULO III

LOS MODELOS DE REGULACIÓN MÁS AVANZADOS SOBRE LA INSOLVENCIA INTERNACIONAL: LA LEY MODELO UNCITRAL PARA EL TRATAMIENTO DE LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA Y EL REGLAMENTO EUROPEO DE INSOLVENCIA (N° 1346/2000).

Sumario: 1. Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Insolvencia Transfronteriza. 1.1. Antecedentes. 1.2. Regulación. 1.3. La Ley Modelo en la actualidad. 2. Convenio Europeo: Reglamento Comunitario 1340/2000. 2.1. Antecedentes. 2.2. Regulación. 2.3. El Reglamento Europeo de insolvencia transfronteriza en la actualidad. 3. Implementación de la Ley Modelo para la insolvencia transfronteriza en las legislaciones internas de Colombia y Estados Unidos. 3.1. La Ley Modelo de la CNUDMI en el ordenamiento colombiano. 3.1.1. Antecedentes. 3.1.2. Ley 1116 de 2006. 3.2. La Ley Modelo de la CNUDMI en el ordenamiento estadounidense. 3.2.1. Antecedentes. 3.2.2. Chapter 15.

1. LEY MODELO DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI) SOBRE INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA.-

1.1. Antecedentes.-

La primera vez en plantearse el problema de la insolvencia transfronteriza como posible tema a trabajar en las sesiones de la CNUDMI, fue en el congreso de Nueva York de 1992, debido a la importancia que esta institución iba adquiriendo. En un inicio se recomendó la unificación de la regulación en esta materia, sin embargo las diferencias entre

los diversos ordenamientos de insolvencia nacional hacían dicho proyecto inviable. Se propuso entonces que se abordarían niveles más simples y soluciones más concretas.⁴⁴⁹

Posteriormente, en el año 1993, la CNUDMI decidió continuar con el tema de las insolvencias, entre los acuerdos del encuentro tenemos: redactar una Ley Modelo que tratara el tema de la insolvencia transfronteriza y se estableció las siguientes definiciones: 1) “*procedimiento de insolvencia*”, aquel que se inicia cuando el deudor no puede pagar sus obligaciones, sea éste un procedimiento liquidatorio que permita una distribución equitativa a los acreedores o mediante la composición que permita al deudor superar la crisis; y, 2) “*insolvencia transfronteriza*”, los casos en que los bienes del deudor insolvente se encuentran dispersos en más de un Estado o tiene acreedores extranjeros.⁴⁵⁰

Para esta labor se solicitó la colaboración de la INSOL (International Association of Insolvency Practitioner), reuniéndose en dos coloquios: uno en Viena (1994) y otro en Toronto (1995). En el primero se propuso la posibilidad de elaborar un régimen legal modelo para la insolvencia, mediante el cual se buscaría la cooperación internacional, el acceso a los Tribunales de acreedores extranjeros y representantes de procedimientos de insolvencia declarados en el extranjero, y el reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras dictadas en un procedimiento de insolvencia. Y en el segundo encuentro se plantearon recomendaciones para promover la aceptación de algunas reglas básicas, y guiar a los Estados en la incorporación de las mismas en su legislación. Finalmente, en la 28ª sesión de la Comisión en Viena (1995) se encomendó a un Grupo de Trabajo la preparación de un marco normativo modelo para la cooperación judicial, el acceso y el reconocimiento; y luego de varias reuniones de trabajo se aprobó el texto de las disposiciones modelo: “*Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza con la Guía para su incorporación al derecho interno*”, el 30 mayo de 1997.⁴⁵¹

⁴⁴⁹ Cf. GONZALES PASCUAL, Julián y ALDA GARCÍA, Mercedes. “Las Insolvencias Transfronterizas; Papel de la UNCITRAL”. Universidad de Zaragoza. Pp. 10. Consultada el 18 de abril de 2012. <http://personales.ya.com/aeca/pub/on_line/comunicaciones_xvcongresoaecca/cd/61d.pdf>

⁴⁵⁰ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. 26º período de sesiones. Viena, 5 de Julio de 1993. Consultada el 21.05.2012. <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V93/865/55/IMG/V9386555.pdf?OpenElement>>.

⁴⁵¹ Cf. GONZALES PASCUAL, Julián y ALDA GARCÍA, Mercedes. Op. cit. p.11.

Los motivos que impulsaron la creación de la Ley Modelo y que, posteriormente, se analizaron en ésta fueron los siguientes⁴⁵²:

- a) La expansión mundial del comercio y las inversiones, han dado lugar a observar cada vez más casos de insolvencia transfronteriza. Sin embargo, las legislaciones nacionales no han ido a la par de este desarrollo y, en consecuencia, no cuentan con un sistema adecuado para atender los problemas que esta institución genera.
- b) El fraude de los acreedores o deudores, moviendo los activos de un Estado a otro, por falta de cooperación y comunicación entre los tribunales.
- c) Son muy pocos países los que cuentan con un sistema legal adecuado para el tratamiento de la insolvencia transfronteriza, lo que impide la celeridad del procedimiento de insolvencia transfronteriza.
- d) Depender del principio de cortesía internacional o del *exequátur* para resolver casos de insolvencia internacional, no es bueno para los países. Éstos no proporcionan seguridad jurídica, ni celeridad que sí podría otorgar una ley especial, como la ley modelo, en materia de cooperación judicial, reconocimiento de procedimientos de sentencias extranjeros y acceso a los tribunales para los representantes extranjeros.
- e) Los problemas de comunicación y coordinación entre los tribunales y administradores de las diversas jurisdicciones interesadas hacen más probable que puedan realizarse operaciones fraudulentas que mermen el patrimonio del deudor y disminuye las posibilidades de optar por otras vías más ventajosas distinta a la liquidación.

En síntesis, la elaboración de la Ley Modelo de insolvencia transfronteriza de la CNUDMI ha pasado por un largo proceso de análisis de esta institución, desde la aprobación para su estudio hasta el modelo de regulación a adoptar para dar una normativa adecuada a sus necesidades. Se estableció que la Ley Modelo debería tener su base en desarrollar mecanismos de *cooperación, comunicación, acceso y reconocimiento* entre los tribunales con interés en el procedimiento de insolvencia transfronteriza. Estos mecanismos

⁴⁵² Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. “*Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza con la Guía para su incorporación al derecho interno*”. Consultado el 20.05.2010. <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/insolvency-s.pdf>.

se constituyeron en los principios rectores de la Ley Modelo y los desarrollaremos a continuación.

El principio de acceso consiste en otorga vías directas de acceso del representante del concurso extranjero sin necesidad de previo trámite tradicional y engorroso que usualmente todas las legislaciones contemplan. Este principio simplifica los requisitos de prueba para pedir el reconocimiento y adopción de medidas a favor de un procedimiento extranjero.⁴⁵³

El principio de reconocimiento, se refleja en las disposiciones que señalan a las partes lo que debe contener una solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero, al juez qué debe examinar para admitir dicha solicitud –no exige la reciprocidad- y las presunciones a tomar en cuenta para agilizar el reconocimiento. Asimismo indica que la resolución de reconocimiento debe señalar si se reconoce el procedimiento en virtud de un procedimiento extranjero principal (centro de los principales intereses del deudor), o en virtud de un procedimiento extranjero secundario (establecimiento del deudor).⁴⁵⁴

El principio de medidas otorgables, contempla tres tipos de medidas: medidas provisionales o urgentes, medidas automáticas y otras medidas otorgables. Las medidas provisionales son aquellas que se dan antes del reconocimiento por el tribunal, a procedimientos de insolvencia colectivos. Estas medidas son más restringidas que las previstas a partir del reconocimiento, limita los efectos de las medidas de ejecución. A partir de que se dicta la resolución de reconocimiento cesa el efecto de estas medidas, no obstante, el Tribunal puede prorrogarlo. Las medidas que se tomen serán de acuerdo al tipo de procedimiento extranjero de insolvencia que se solicite reconocer⁴⁵⁵, es decir, principal o no principal. Las medidas automáticas son aplicadas solo al procedimiento principal. Sus efectos son diferentes a los efectos de ejecución del fallo. Los efectos del inicio de un procedimiento extranjero de insolvencia en el país de origen pueden ser diferentes de los contemplados por

⁴⁵³ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional: “La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza: la perspectiva judicial”.2012. pp. 11-14. Consultada: 10.11.2012 <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/Judicial_Perspective_Ebook_spanish.pdf>

⁴⁵⁴ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. “La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza: la perspectiva...”. Op. cit. pp. 15-19.

⁴⁵⁵ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. “La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza: la perspectiva...”. Op. cit. pp. 40-51.

la Ley Modelo, el alcance de los efectos de estas medidas dependerá de las excepciones y limitaciones impuestas por el derecho interno. Esta medida no impide que cualquier interesado pueda solicitar la apertura de un procedimiento local de insolvencia.⁴⁵⁶ Las medidas otorgables a partir del reconocimiento son aplicables a los procedimientos extranjeros principales o no. Estas medidas son discrecionales, la norma contempla una lista pero ésta no es exhaustiva, el Tribunal puede adoptar cualquier medida que su derecho nacional le permita y que juzgue conveniente. También contempla la posibilidad de dejar sin efecto las operaciones ilegítimas anteriores a la apertura del procedimiento, los tipos concretos de acción serán definidos por la legislación interna.⁴⁵⁷

En el principio de cooperación y coordinación hay una obligación de los tribunales y los representantes de la insolvencia de los diferentes Estados de comunicarse y cooperar entre sí en la máxima medida posible. *“La cooperación suele ser la única vía realista para impedir, por ejemplo, la dispersión de los bienes, para optimizar su valor o para encontrar la mejor solución para reorganizar (...) y suele ser el único método que da posibilidad de coordinar procedimientos.”*⁴⁵⁸

La cooperación entre los tribunales es necesaria en la insolvencia transfronteriza ya sea que se adopte la unidad o la pluralidad de juicios. En el caso de un juicio universal se requerirá el apoyo de los tribunales de los países involucrados en el proceso de insolvencia para impulsar el desarrollo del procedimiento respecto de las medidas que requieren del uso de la fuerza pública, tales como, las órdenes de ejecución, cuyo ejercicio sólo es permitido a las autoridades de un Estado dentro de su territorio y otras medidas para proteger el patrimonio del deudor, por ello, el juez del Estado en que se está llevando a cabo el proceso necesitará del apoyo de los tribunales extranjeros para dar eficacia a sus fallos, en tanto que, la sentencia o auto de insolvencia es meramente ejecutiva. Por otro lado, en un sistema concursal que adopte la pluralidad de juicios necesitará de la cooperación de los demás Tribunales extranjeros para el desarrollo de los procedimientos paralelos a fin de proteger el patrimonio del deudor y maximizar el valor del mismo, en caso de una reestructuración

⁴⁵⁶ *Ibíd.*

⁴⁵⁷ *Ibíd.*

⁴⁵⁸ *Ídem.*, pp, 52-53.

procurará la coordinación para adoptar medidas que hagan posible dicha meta, si fuera el caso de una liquidación se necesita la coordinación sobre la entrega del patrimonio restante en los demás Estado luego de liquidar las deudas locales.

Nos dice el profesor PAULUS que la importancia de la cooperación judicial está en aumento al igual que el ideal de la universalidad, ya que aquella reduce la brecha entre este ideal y los procedimientos paralelos que hacen imposible que la insolvencia sea regida por un mismo derecho. Mediante la cooperación, el intercambio de información (comunicación) y ajustes en ambos procedimientos (coordinación) se puede maximizar la eficiencia y reducir los costos que resultan de la multiplicidad de casos.⁴⁵⁹

Asimismo, el profesor ROUILLON⁴⁶⁰ nos da algunos ejemplos del porqué resulta necesaria la cooperación judicial:

- a) Reunir información sobre activos y pasivos ubicados en países diferentes.*
- b) Prevenir la desaparición de activos.*
- c) Prevenir los actos de fraude que pudieran llegar a cometer el deudor.*
- d) Maximizar el valor de los activos.*
- e) Permitir el acceso y el reconocimiento de los créditos extranjeros.*
- f) Facilitar la administración de los procesos.*
- g) Encontrar y hacer factibles, sobre todo, soluciones que permitan la reorganización de las empresas y eviten su liquidación.*
- h) En síntesis, en este campo la cooperación es necesaria para lograr la coordinación que hace posible incrementar la eficacia y la equidad en estos procesos de insolvencia transfronteriza.”*

⁴⁵⁹ PAULUS, Christoph. Cooperación Judicial en Insolvencia Transfronterizas. Reseña de algunas cuestiones y publicaciones relevantes. 2006. pp. 1. Consultada el: 15.05.2012. <http://siteresources.worldbank.org/GILD/Resources/GJF2006CooperacionJudicialenConcursosPaulusSP.pdf>

⁴⁶⁰ ROUILLON, Adolfo A.N. “Cooperación Judicial en Concursos Transfronterizos”. VII Congreso Argentino de Derecho Concursal –V Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia. Mendoza, Argentina, 2009. Consultada el 22.05.2012. <http://www.congresoconcursal.com.ar/pdfs/temario/ROUILLON_Adofo_A_Cooperacion_judicial_concursos_transfronterizos.pdf>

Afirma el autor: “Estas tres “C” preocupan como nunca antes: cooperación judicial, coordinación de procedimientos y comunicación entre los tribunales. De ahí el alto interés en alentar la cooperación, procurar la coordinación y facilitar la comunicación en los casos de insolvencia transfronteriza”⁴⁶¹. En tal sentido, la cooperación judicial internacional es importante en estos procesos para conseguir la coordinación entre los procedimientos y comunicación entre las autoridades y síndicos de los distintos países.

La comunicación entre los tribunales, uno de los elementos más esenciales de la cooperación judicial, se ha desarrollado durante siglos en forma directa, mediante cartas rogatorias, e indirecta, a través de la provisión de sentencias, un abogado de un segundo tribunal o un abogado que emitía un informe informal de lo que ocurría en el primer tribunal. No obstante, esta segunda forma de comunicación podría presentar dificultades, ya que el abogado podría presentar información sesgada y favorable a los fines de la jurisdicción del abogado remitente.⁴⁶²

Un ejemplo de cooperación fue el caso *Maxwell Communication*⁴⁶³, ésta se alcanzó a través de la elaboración de un protocolo y fue de tal éxito que algunas instituciones internacionales empezaron a trabajar en el impulso de éstos. La Asociación Internacional de Abogados trabajó en un conjunto de principios que buscan ser de aplicación universal y fomentaron el desarrollo de protocolos para casos transfronterizos. Actualmente se encarga la confección de un protocolo para ser aprobado por los respectivos tribunales al inicio o poco tiempo después de la apertura de los procesos de insolvencia internacional. Del mismo modo, la CNUDMI desarrolló en la Ley Modelo un mecanismo de cooperación por parte

⁴⁶¹ *Ibíd.*

⁴⁶² Cf. FARLEY, James. “Buenas prácticas en el ámbito de los procesos de insolvencia transfronterizos a la luz del proyecto de principios generales de La Haya sobre comunicaciones judiciales propuesto”. Consultado el: 20.07.2012. <http://www.hcch.net/upload/newsletter/BJ15_Farley.pdf>.

⁴⁶³ El caso Maxwell Communication es uno de los casos más importantes de insolvencia transnacional vistos. Este imperio Maxell tenía su sede social en Londres, desde donde era administrado y desde donde manejaba la totalidad de sus asuntos financieros, pero tenía sus principales activos en Estados Unidos. Esta estructura ambigua dio lugar a la apertura de dos procedimientos de insolvencia, uno ante juez del Reino Unido y otro ante el juez de quiebras de los Estados Unidos. Este último se negó a desestimar el caso pero aceptó una cooperación con los administradores del procedimiento de insolvencia británico, nombró a un inspector para las coordinaciones. La Jueza Brozman lo describió así: “Los administradores mancomunados de Inglaterra y el examinador en Nueva York, con sujeción a la jurisdicción de ambos tribunales, se han llevado a cabo la administración de MCC en una cooperación sin precedentes entre sí ... de acuerdo con un documento llamado el ‘Protocolo’”. Jay Lawrence Westbrook. En: “The Lessons of Maxwell Communication”. Revista: *Fordham Law Review*. Vol. 64, 1996, pp. 2534-2535.

del tribunal de la jurisdicción adoptante y comunicación con el otro tribunal en casos de insolvencia. También se desarrollaron las “Pautas ALI (*AMERICAN LAW INSTITUTE*) aplicables a la comunicación de Tribunal-a-Tribunal en Casos transfronterizos”.⁴⁶⁴

No obstante, la cooperación entre los tribunales encuentra algunos obstáculos, tales como, el déficit legal ya sea porque no exista legislación al respecto o la normativa existente es inadecuada; esto lo asumen los jueces de diversos modos dependiendo si pertenecen a los países del *COMMON LAW* o a la familia romano germánica. Los primeros no encuentran problema en desarrollar los medios de cooperación judicial necesarios y establecer métodos efectivos de comunicación para lograr la coordinación de los procesos de insolvencia involucrados, ello se debe a que en su sistema “*si algo no está prohibido, entonces está jurídicamente permitido*”, la creación de una solución no contemplada en una ley escrita no es problema, en este sistema el juez tiene la facultad de crear derecho.⁴⁶⁵ Distinto sucede con los segundos, los jueces de la familia romano germánica quienes se negarían a crear soluciones que no haya plasmado el legislador en una ley, “*consideran prohibido todo aquello que la legislación no establece expresamente*”. Cabe señalar que esta afirmación ha sido cuestionada por algunos autores ya que los jueces del sistema romano germánico cuentan con los métodos de interpretación jurídica que contemplan diversos instrumentos para llenar los vacíos legales, pueden recurrir a la interpretación extensiva o analógica de la ley o a los principios generales del derecho.⁴⁶⁶

Se ha buscado superar este déficit legal en materia de cooperación y comunicación judicial para coordinar los procesos de insolvencia transnacionales a través de instrumentos formales como los tratados internacionales y legislación interna. Asimismo, otro modo de suplir este déficit legal sin recurrir a fuentes formales son los llamados protocolos o concordatos o acuerdos de cooperación, es una solución ad hoc adoptada en casos particulares. Las formas y contenidos de estos acuerdos varían aunque muestran algunos rasgos comunes, son esfuerzos por armonizar cuestiones de procedimiento más que

⁴⁶⁴ Cf. FARLEY, James. *Op. cit.* Consultado el: 20.07.2012. <http://www.hcch.net/upload/newsletter/BJ15_Farley.pdf>.

⁴⁶⁵ Cf. ROUILLON, Adolfo. *Op. cit.* Consultada el 22.05.2012. <http://www.congresoconcursal.com.ar/pdfs/temario/ROUILLON_Adolfo_A_Cooperacion_judicial_concursos_transfronterizos.pdf>

⁴⁶⁶ *Ibíd.*

aspectos del derecho sustantivo. Muchos de estos protocolos han seguido el modelo de Concordato de la *INTERNATIONAL BAR ASOCIATION*, la Guía de comunicación entre Tribunales en caso de Insolvencia Transfronteriza, elaborada por la *AMERICAN LAW INSTITUTE* y adoptada por la *INTERNATIONAL INSOLVENCY INSTITUTE*.⁴⁶⁷ Debemos resaltar que en la práctica se han celebrado más acuerdos cuando los países involucrados en los procesos de insolvencia internacional pertenecen al *COMMON LAW* que al *CIVIL LAW*⁴⁶⁸, por los motivos que ya hemos señalado.

Finalmente, debemos señalar que las disposiciones de la Ley modelo sobre la cooperación y coordinación es de gran ayuda para los ordenamientos en los que el tribunal goce de escasa discrecionalidad fuera de los supuestos que su ley se le reconoce, e incluso para aquellas en las jurisdicciones en las que los tribunales gozan de un mayor margen de discreción.⁴⁶⁹

Los países que han adoptado la Ley Modelo son:

Estado		Notas
Australia	2008	
Canadá	2005	
Colombia	2006	
Eritrea	1998	
Eslovenia	2007	
Estados Unidos de América	2005	
Grecia	2010	
Japón	2000	
Mauricio	2009	
México	2000	
Montenegro	2002	
Nueva Zelandia	2006	
Polonia	2003	
Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte		

⁴⁶⁷ *Ibíd.*

⁴⁶⁸ *Ibíd.*

⁴⁶⁹ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza: la perspectiva...”, p, 53.

Gran Bretaña	2006	
Islas Vírgenes Británicas	2003	(a)
República de Corea	2006	
Rumania	2002	
Serbia	2004	
Sudáfrica	2000	
Uganda	2011	

Notas

(a) Territorio de ultramar del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.⁴⁷⁰

Luego de este breve análisis sobre los principios base de la Ley Modelo, a continuación pasaremos a desarrollar la estructura de misma y observaremos cómo estos principios han sido plasmados en sus disposiciones.

1.2. Regulación.-

Las leyes modelos, elaboradas por la CNUDMI, no son instrumentos internacionales que obliguen a los Estados miembros a incorporarlas en sus ordenamientos pues realmente no son leyes, son modelos de leyes orientadas a facilitar la labor del Estado que desea aplicarlas.⁴⁷¹ Una Ley Modelo es un texto legislativo recomendado a los Estados para su incorporación al derecho interno, no obstante, si ello ocurre no están obligados a dar aviso a las Naciones Unidas o a los otros Estados que la hayan incorporado.⁴⁷²

La decisión de trabajar en una Ley Modelo era mejor a tener un convenio que no se ratificara; en palabras del profesor BERENDS, una convención era una opción de “tómalo o déjalo”, y por los antecedentes habían más posibilidades de que los países no la tomaran

⁴⁷⁰ Cuadro Tomado de CNUDMI. Consultada el 20.06.2013.

<http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/insolvency/1997Model_status.html>

⁴⁷¹ QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia. “El impacto de la quiebra transfronteriza en las legislaciones internas”. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Año XL. N° 120. 2007.,p. 883.

⁴⁷² Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. “*Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza con la Guía para su incorporación al derecho interno*”. Consultado el 20.05.2010. <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/insolvency-s.pdf>.

y presenten más objeciones,⁴⁷³ en cambio, en la Ley Modelo es posible que al incorporar ésta al derecho interno de un Estado se puede modificar o suprimir alguna de sus disposiciones; no obstante, se recomienda introducir el menor número de modificaciones posible para conseguir un mayor grado de armonización.⁴⁷⁴

La Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza de la CNUDMI constituye un conjunto de normas que busca recoger las prácticas de los sistemas más modernos y eficientes de administración de las insolvencias internacionales, no buscan unificar el derecho sustantivo de la insolvencia y son respetuosas del derecho procesal interno de cada Estado, por lo que es de fácil incorporación al derecho nacional.⁴⁷⁵

El preámbulo de la Ley Modelo señala que tiene como finalidad establecer mecanismos eficaces que faciliten la cooperación entre los tribunales y otras autoridades competentes de otros Estados involucrados; mayor seguridad jurídica para el comercio y las inversiones; una administración equitativa y eficiente de las insolvencias transfronterizas, que proteja los intereses de todas las partes involucradas; la adecuada protección de los bienes del deudor y la optimización de su valor, así como facilitar la reorganización de empresas en dificultades financieras, a fin de proteger el capital invertido y preservar el empleo. En ese sentido, el país que adopta la Ley Modelo facilita el reconocimiento de un procedimiento de insolvencia extranjero, y la cooperación y coordinación entre los tribunales o autoridades administrativas y los órganos de administración de la insolvencia en los diversos países.

La Ley Modelo al ser incorporada al Derecho estatal, necesita de la cooperación del legislador nacional en los aspectos relacionados con las autoridades u operadores jurídicos

⁴⁷³ MORALES, Carlos. “Análisis de las propuestas recientes en materia de insolvencia internacional: una aproximación a sus principios y procedimientos”. En: Revista de Derecho Privado. Facultad de Derecho. Universidad de los Andes. N°23.1999. p.51.

⁴⁷⁴ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. “*Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza con la Guía para su incorporación...*”. Op. cit, párrafo 12.

⁴⁷⁵ Ídem., párrafo 2 y 3.

que tendrán que aplicarla y respecto a las denominaciones de las instituciones o figuras de la insolvencia en los ordenamientos nacionales.^{476 477}

La CNUDMI también ha elaborado la guía legislativa de 2004, la cual tiene por finalidad dar una información general y explicativa de la Ley Modelo a los legisladores, jueces y abogados. Hace observaciones de modo tal que los Estados pueden identificar las disposiciones que convendría adaptar a su legislación interna.⁴⁷⁸ No se pretende que las recomendaciones de una guía legislativa sean incorporadas sin más al derecho interno; más bien, se esbozan las cuestiones fundamentales que sería conveniente abordar en ese derecho.⁴⁷⁹

La Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza de la CNUDMI consta de un preámbulo y cinco capítulos: I) Disposiciones Generales (1° a 8°), II) Acceso de los representantes y acreedores extranjeros a los tribunales del Estado (9° a 14), III) Reconocimiento de un procedimiento extranjero y medidas otorgables (15 a 24), IV) Cooperación con tribunales y representantes extranjeros (25 a 27) y V) Procedimientos extranjeros (29 a 32). Los mismos que estudiaremos a continuación:

a) *Ámbito de aplicación.*

La Ley Modelo establece en su artículo 1° cuatro supuestos⁴⁸⁰, basta encontrarse en uno de ellos para que la ley modelo sea aplicable:

⁴⁷⁶ CANDELARIO MACÍAS, María Isabel. “El Derecho Mercantil Internacional: la insolvencia con elementos extranjeros”, en Alfonso Luis Caravaca; Santiago Areal Ludeña (Directores), Cuestiones actuales del Derecho Mercantil Internacional, Colex, Madrid, 2005, p. 305.

⁴⁷⁷ Al respecto observamos el caso *Rubin v Eurofinance SA*. Los representantes del procedimiento de insolvencia contra *The Consumers Trust (TCT)* iniciado en Estados Unidos solicitaron el reconocimiento del mismo ante el Tribunal Inglés, en base al Reglamento de Insolvencia de 2006 que adoptó la Ley Modelo en Gran Bretaña. El TCT era un fondo empresarial, reconocido como persona jurídica en el ordenamiento de los Estados Unidos, pero la legislación inglesa no reconocía esos fondos como personas jurídicas. El Tribunal inglés, pese a ello, reconoció el procedimiento puesto que estimó que dado los orígenes internacionales de la ley modelo “*sería perverso adoptar una interpretación localista del término “deudor”*”. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. “*La Ley Modelo de la CNUDMI sobre ...* Op. cit. p. 72.

⁴⁷⁸ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. “*Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza con la Guía para su incorporación al derecho interno*”. Consultado el 20.05.2010. <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/insolvency-s.pdf>.

⁴⁷⁹ Cf. GONZALES PASCUAL, Julián y ALDA GARCÍA, Mercedes, Op. cit., p, 15.

⁴⁸⁰ Artículo 1 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza.

1. Cuando el tribunal extranjero o un representante extranjero solicite asistencia en este Estado en relación con un procedimiento extranjero (recepción de una solicitud reconocimiento de un procedimiento extranjero);
2. Cuando se solicite asistencia a un Estado extranjero en relación con un procedimiento que se esté tramitando con arreglo a la norma interna respectiva (envío de una solicitud de reconocimiento, por un Estado promulgante⁴⁸¹, de un procedimiento iniciado de acuerdo a su derecho interno);
3. Cuando se están tramitando simultáneamente y respecto de un mismo deudor un procedimiento extranjero y un procedimiento en un Estado que adopte la Ley Modelo (coordinación de procedimientos simultáneos);
4. Cuando los acreedores u otras personas interesadas, que estén en un Estado extranjero, tengan interés en solicitar la apertura de un procedimiento o participar en un procedimiento que se esté tramitando con arreglo a la legislación de insolvencia del país que adopte la Ley Modelo.

Estos supuestos desarrollan los objetivos presentados en el preámbulo, se deduce de ellos los conceptos “acceso”; “reconocimiento”; “asistencia” y “colaboración”. Asimismo se advierte que estos juntos conforman la “columna vertebral” de la ley modelo, puesto que se desarrollan a lo largo de la misma.⁴⁸²

En principio la Ley Modelo se aplica a los procedimientos de insolvencia en relación a todo tipo de deudor, no obstante en el inciso 2 del artículo 1 señala que es posible excluir de su ámbito de aplicación a ciertas entidades, tales como, bancos, compañía de seguros y algunos sujetos que la norma local de insolvencia prevea. Asimismo, la Guía Legislativa en su párrafo 66 indica que en los ordenamientos donde no se prevea la insolvencia del consumidor, el Estado puede excluir de este sistema las insolvencias a las personas

⁴⁸¹ Debe entenderse como Estado promulgante aquel que ha incorporado la Ley Modelo en su legislación interna.

⁴⁸² Cf. OVIEDO ALBÁN, Jorge. “Insolvencia Transfronteriza: Ley Modelo UNCITRAL”. En: Estudios de Derecho Mercantil Internacional. Principios de UNIDROIT, *lex mercatoria*, compraventa internacional, contratación electrónica, insolvencia internacional. Bogotá: Universidad de la Sabana. 2009., p.345.

naturales residentes en su territorio, quienes han adquirido deudas para fines más personales y domésticos.⁴⁸³

b) Reciprocidad.-

El principio de reciprocidad no es un requerimiento de la Ley Modelo, sin embargo, ha sido impuesto *de JURE* o *de FACTO* por algunas legislaciones que la han incorporado a su derecho, tales como, México, Rumanía, Islas Vírgenes Británicas y Sur África.⁴⁸⁴

c) Acceso a los representantes extranjeros y acreedores locales.-

La Ley Modelo en sus artículos 5° y 9° otorga derecho a todo representante de un procedimiento extranjero, designado por su norma de origen, a comparecer *directamente* ante una corte local. Cabe señalar que esto no supone la sumisión del representante extranjero ni de los bienes, ni negocios del deudor, a la jurisdicción de los tribunales locales (art. 10).

El artículo 11 indica que el representante de un procedimiento extranjero puede iniciar un procedimiento de acuerdo a las normas locales de insolvencia si cumple con las condiciones de apertura que ésta indica. La importancia de este artículo radica en que no hay necesidad del reconocimiento del procedimiento extranjero para que el representante del mismo pueda solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia en otro Estado, de modo que hay un acceso rápido a los tribunales donde se encuentra el patrimonio del deudor y así se logra una mejor protección del mismo.

El profesor CHAN observa que este artículo ha sido incorporado en algunas legislaciones con ciertas divergencias, por ejemplo, en Reino Unido a los representantes de un procedimiento extranjero, sea principal o no principal, se le otorga derechos para iniciar un procedimiento de insolvencia en este país; no obstante, en Estados Unidos se condiciona este derecho al previo reconocimiento del procedimiento extranjero.⁴⁸⁵

⁴⁸³ Cf. CHAN HO, Look. Cross-Border Insolvency. A commentary on the UNCITRAL Model Law. Global Law & Business. Second Edition. London. 2009. p. 8.

⁴⁸⁴ *Ibíd.*

⁴⁸⁵ *Ibíd.*

El representante puede participar en todo procedimiento de insolvencia abierto al deudor (art. 12), esta disposición sí ha sido aprobada en todas las legislaciones que han adoptado la Ley Modelo.⁴⁸⁶

El artículo 13 indica que los acreedores extranjeros tienen acceso a las cortes del Estado promulgante de esta norma, para iniciar o participar en un procedimiento local de insolvencia, no obstante deja claro que ello no afectará el orden de prelación de los créditos que haya dispuesto la norma local. Los créditos extranjeros no podrán tener una prelación inferior a los quirografarios locales.⁴⁸⁷

También se refiere al régimen de notificaciones para los acreedores extranjeros, artículo 14, que debe ser igual al de los acreedores locales, puesto que aquellos pueden estar en desventaja frente a estos. Se les debe informar el comienzo del procedimiento de insolvencia y el plazo para la presentación de sus créditos. Esta disposición en su inciso 2 señala: “(...) *No se requerirá carta rogatoria ni ninguna otra formalidad similar (...)*” deja así de lado las solemnidades innecesarias y da la posibilidad de que los Estados puedan notificar directamente a los acreedores.

d) Centro de los principales intereses y establecimiento del deudor.-

El funcionamiento de las disposiciones de la Ley Modelo depende de si estamos ante un procedimiento extranjero principal o un procedimiento extranjero no principal.

El procedimiento extranjero principal será el que se siga en el Estado donde el deudor tenga el *centro de sus principales intereses*. Y el procedimiento extranjero no principal será el que se siga donde el deudor tenga un *establecimiento* (lugar de operaciones donde el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica).⁴⁸⁸

Aunque no está definido el centro principal de los intereses, el artículo 16.3 nos dice que se presumirá que éste se encuentra en el domicilio social del deudor o su residencia habitual,

⁴⁸⁶ Ídem., p. 9.

⁴⁸⁷ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. “*Ley Modelo de la CNUDMI* ... Op.cit.

⁴⁸⁸ Artículo 2 acápite (a) y (b) de la Ley Modelo.

en caso de persona natural.⁴⁸⁹ Ello equivale a una presunción *IURIS TANTUM*, ya que los jueces como los acreedores pueden presentar pruebas que demuestren que el centro principal del deudor se encuentra ubicado en un lugar distinto al domicilio de éste.⁴⁹⁰

e) Reconocimiento de un procedimiento extranjero y medidas provisionales.-

La Ley Modelo evita la necesidad de tener que recurrir a procedimientos engorrosos y lentos que pueden dilatar el procedimiento, como la carta o comisión rogatoria, u otras vías diplomáticas, con la coordinación se agilizarán la adopción de medidas.

Reconocimiento del procedimiento:

La Ley Modelo establece algunos documentos que se deben acompañar para el reconocimiento de un proceso extranjero y la presunción de autenticidad de dichos documentos (art. 15 y 16). La idea es simplificar la admisión del procedimiento⁴⁹¹. El artículo 17 indica los casos en que el Estado debe reconocer la solicitud, básicamente luego de que se hayan satisfecho los requisitos del artículo 15 que la Ley Modelo contempla. Un procedimiento extranjero podrá ser considerado principal o no principal.⁴⁹²

Medidas provisionales:

⁴⁸⁹ CHAN HO, Look. “*Cross-Border Insolvency*”. Op. cit. 10.

⁴⁹⁰ Al respecto, en el caso *In re Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund Ltd*, el Tribunal de los Estados Unidos se manifestó sobre esta presunción. Los representantes de dos deudores sujetos a procedimientos de insolvencia en las Islas Caimán solicitaron el reconocimiento de los mismos ante el Tribunal de los Estados Unidos y solicitaron se tomen las medidas establecidas en los artículos 19 y 20 de la Ley Modelo, no obstante, el Tribunal estadounidense debía determinar primero si se trataba de un procedimiento extranjero principal y examinó la disposición del artículo 16.3 de la Ley Modelo respecto a que el domicilio social del deudor debe presumirse como el centro principal de sus interés. El Tribunal señaló que esta presunción debía aplicarse solo en los casos en que no se observe ninguna oposición grave a ello, permitiendo aplicar la presunción en casos claros; y la carga de la prueba correspondía al representante extranjero. Asimismo, se refirió al artículo 8 de la Ley Modelo indicando que las disposiciones de la misma debían ser interpretadas teniendo en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación, en tal sentido tomó la interpretación de la Unión Europea para el concepto de “centro de los principales intereses del deudor”, que manifestaba que dicha presunción *IURIS TANTUM* podría rebatirse en el caso de una sociedad fantasma, que no ejerza ninguna actividad en el territorio del Estado miembro donde tiene su domicilio social. En el caso el Tribunal determinó que los procedimientos seguidos en Islas Caimán no eran procedimientos principales, dado que allá las sociedades no tenían sus empleados, ni gerentes y todos los bienes líquidos se encontraban fuera de las Islas Caimán. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. “*La Ley Modelo de la CNUDMI sobre ...* Op. cit. p. 62.

⁴⁹¹ *Ibíd.*

⁴⁹² *Ibíd.*

El tribunal, a solicitud del representante de un procedimiento extranjero, puede dictar medidas provisionales para proteger los bienes del deudor, mientras resuelve si procede o no el reconocimiento. (art. 19)⁴⁹³

Efectos de reconocimiento:

Los efectos del reconocimiento dependen de si es un procedimiento principal o no principal. El artículo 20 señala que en el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal sobreviene automáticamente: 1) la suspensión de créditos individuales contra el deudor, 2) suspender la ejecución contra los activos del deudor, y 3) suspender los derechos del deudor para transferir o gravar sus activos.⁴⁹⁴ El artículo 21 señala las medidas adoptadas para salvaguardar el patrimonio del deudor en ambos tipos de procedimientos, no obstante, las medidas concedidas al procedimiento no principal serán limitadas; estas medidas son discrecionales, es decir, el juez determinará las medidas apropiadas de acuerdo con la ley del foro y que sea necesaria en el caso concreto; asimismo, señala que es posible la entrega de bienes al representante extranjero⁴⁹⁵, ello queda a discrecionalidad del juez siempre que no afecte a los acreedores locales.⁴⁹⁶

Los Estados promulgantes tienen mucha libertad para definir y modificar la ayuda automática. Excluyendo a Japón y Corea del Sur, las demás jurisdicciones dan cierta ayuda automática en el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal, pero de distinto modo. Por ejemplo, en Estados Unidos hay una suspensión de ejecutar los créditos

⁴⁹³ Este artículo también nos indica que los requisitos procesales y los deberes de notificación deberán seguirse de acuerdo a la ley del foro.

⁴⁹⁴ *Ídem.*, p. 11.

⁴⁹⁵ En el caso *In re Atlas Shipping A/S*^a se observa la aplicación de esta medida. Se trata de un procedimiento de insolvencia iniciado contra el deudor en Dinamarca. El representante de la insolvencia solicitó al Tribunal norteamericano la anulación de los embargos marítimos que los acreedores habían obtenido, tanto antes como luego del inicio del procedimiento de insolvencia, respecto de fondos del deudor depositados en bancos de New York. El Tribunal norteamericano determinó si debía otorgar medidas suplementarias además de las medidas automáticas dispuestas en el artículo 20 de la Ley Modelo, y observando que estas correspondían al principio de cortesía internacional y cooperación entre los tribunales aplicó el artículo 21 1) e) y 21 2) de la Ley Modelo [11 USC 1521 a) 5) y 1521 b) de su derecho interno]. Ordenó así la disolución de los embargos y permitió al representante extranjero tomar posesión de los bienes en los Estados Unidos para su administración en el procedimiento danés. Cfr. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. *“La Ley Modelo de la CNUDMI sobre ... Op. cit. p. 61.*

⁴⁹⁶ Cfr. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), *“Ley Modelo de la CNUDMI Op. cit. párrafo 154-158.*

garantizados, en Reino Unido los acreedores garantizados son libres de hacer cumplir su acreencia.⁴⁹⁷

f) Protección de los acreedores y otras partes interesadas.-

La Ley Modelo tiene disposiciones que intentan proteger los intereses de todas las partes y aliviar el problema de que la ley modelo no este basada en el principio de reciprocidad (art. 6 y 22).⁴⁹⁸

Por ejemplo, en su artículo 22 nos señala que al conceder, denegar, modificar o dejar sin efecto alguna medida de apoyo, vistas en los artículos 19 o 21, el tribunal deberá asegurarse de que quede debidamente protegidos los intereses de los acreedores y otras personas interesadas, incluido el deudor.

Asimismo, el artículo 6 contiene una excepción de orden público internacional, en el que nos indica que el tribunal de un Estado puede negarse a adoptar alguna medida regulada en ella, si ésta es manifiestamente contraria a su orden público. Este artículo debe ser interpretado del modo más restrictivo posible.⁴⁹⁹

g) Comunicación y cooperación.-

⁴⁹⁷ Cf. CHAN HO, Look. “*Cross-Border Insolvency*”. Op. cit. 11.

⁴⁹⁸ *Ibíd.*

⁴⁹⁹ Al respecto debemos observar el caso *In re Ephedra Products Liability Litigation*. El representante del procedimiento de insolvencia canadiense solicitó al Tribunal norteamericano, en el que se seguían litigios contra el mismo deudor por responsabilidad de productos defectuosos, el reconocimiento del procedimiento que se seguía en Canadá como procedimiento extranjero principal. El Tribunal norteamericano aceptó dicho reconocimiento; luego de ello, el tribunal canadiense dictó una medida por la cual aprobó un procedimiento de solución de diferencias con miras a una evaluación y apreciación simplificadas de todas las demandas por responsabilidad por productos defectuosos que se seguían contra el deudor. El representante del procedimiento canadiense solicitó al Tribunal norteamericano que se reconociera y ejecutará dicha medida. Sin embargo, se presentaron objeciones señalando que dicha medida era manifiestamente contraria al orden público de los Estados Unidos, ya que privaría a los acreedores de las debidas garantías procesales y un juicio con jurado. El Tribunal norteamericano reconoció y ejecutó dicha medida luego de que dicho procedimiento de solución de diferencias fuera modificado para dar las garantías adecuadas a los acreedores, se establecieron determinadas mayorías para los acuerdos y la oportunidad a las partes de ser oídas. Respecto al juicio sin jurado el Tribunal norteamericano señaló que ello no irrumpía su orden público, que toda resolución cuyo reconocimiento se considere contraria al orden público nacional debe estar justificada por circunstancias excepcionales. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. “*La Ley Modelo de la CNUDMI sobre ...*Op. cit. p, 65.

La cooperación internacional tiene como objetivo la comunicación y recabar información o asistencia directa de los Tribunales o Representantes extranjeros, con la finalidad de mantener el valor de los bienes del deudor y evitar la fuga de sus activos, por tanto, es indispensable para los fines de la Ley Modelo.⁵⁰⁰ Ésta se encuentra regulada en los artículos 25 y 26 de la Ley Modelo, en ellos se exige a las cortes locales y representantes locales “*colaboren en la medida de lo posible con los tribunales o representantes extranjeros*”. Las cortes locales y representantes locales están autorizados a comunicarse directamente con los tribunales extranjeros y representantes extranjeros.^{501 502} La norma establece algunos ejemplos de cooperación en su artículo 27.

En principio la norma provee el reconocimiento a procedimientos extranjeros donde el deudor tiene el centro de sus intereses o un establecimiento, sin embargo, los artículos 25,26 y 27 pueden aplicarse a procedimientos extranjeros abiertos en base a la sola presencia de activos dentro de ese Estado extranjero.⁵⁰³

h) Procedimientos paralelos.-

En la Ley Modelo se observa la posibilidad de tener dos procedimientos en curso, uno local y otro procedimiento extranjero, no obstante si hay en marcha un procedimiento local, las medidas otorgadas en el procedimiento extranjero deben ser compatibles con el procedimiento local.

La norma permite la apertura de un procedimiento local tras el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal, no obstante, estará condicionada a si el deudor tiene algún activo en este Estado. Los efectos de ese procedimiento local recaerán sólo sobre los bienes que se encuentren en su territorio.⁵⁰⁴

⁵⁰⁰ Cf. DASSO, Ariel. “La Quiebra Transnacional”. En: Criterio Jurídico. Santiago de Cali. 2005., pp. 124. Consultada el 22.07.2010. <http://www.puj.edu.co/banners/La_quiebra.pdf>

⁵⁰¹ *Ibíd.*

⁵⁰² Esta autorización para recabar asistencia en el extranjero puede llenar una laguna en el Derecho interno de algunos Estados.

⁵⁰³ Cf. DASSO, Ariel. “La Quiebra...”. *Op. cit.*, p. 124.

⁵⁰⁴ Artículo 28 de la Ley Modelo.

Se debe seguir las medidas de cooperación y coordinación (art. 25,26 y 27) si con arreglo a sus normas internas otros activos deben ser administrados por el procedimiento extranjero principal.

Cuando paralelamente están en trámite un procedimiento extranjero y un procedimiento local respecto al mismo deudor, el tribunal deberá colaborar y coordinar sus actuaciones con el otro procedimiento, tal como lo señala el artículo 29. Asimismo, de acuerdo al artículo 30, si hay una múltiple concurrencia de procedimientos extranjeros la corte debe buscar la coordinación y cooperación entre ellos.

Sólo Japón no ha seguido estas disposiciones, la legislación japonesa señala el principio de “*un procedimiento por deudor*”. Si se pide el reconocimiento de un procedimiento en Japón y ya hay un procedimiento local en marcha, tendrá preferencia el procedimiento local, salvo que el juez observe que el procedimiento extranjero es un procedimiento principal y *que éste no afecta en orden de prelación a los acreedores japoneses*.⁵⁰⁵

Es importante también observar el contenido del artículo 32, que establece que antes que un crédito pueda fijarse como una prueba y recibir dividendos en una insolvencia local, debe tenerse en cuenta lo que ha obtenido en el extranjero. Esto no altera el orden de prelación que ha establecido el Estado promulgante, sólo se trata de establecer una igualdad de trato entre la misma clase de acreedores, no obstante, no aplica para los créditos garantizados.⁵⁰⁶

La Ley Modelo para el tratamiento de la insolvencia transfronteriza es una clara proyección de lo señalado por el profesor VOLKEN⁵⁰⁷: “*La quiebra internacional está caracterizada por dos elementos: 1. Su naturaleza altamente procesal y 2. Su finalidad ampliamente protectora. En consecuencia, su naturaleza formal nos conduce a realizar tratados de derecho de procedimiento, y, en la medida de su carácter protector, se encuentra ante la tendencia de desarrollarse normas de aplicación inmediata*”. La citada norma contiene disposiciones que buscan guiar el procedimiento de la insolvencia transfronteriza,

⁵⁰⁵ CHAN HO, Look. Cross-Border Insolvency. Op. cit. p. 13 y 147.

⁵⁰⁶ Ídem., p. 13.

⁵⁰⁷ VOLKEN, Paul. Op. cit.,pp, 404 y 405.

desarrollando normas conflictuales redactadas unilateralmente que señalan el derecho procesal aplicable, normas sustantivas que desarrollan medidas de cooperación entre los procedimientos; así como ciertas normas autolimitativas que buscan salvaguardar las políticas legislativas de protección para determinados asuntos dentro del ámbito de la insolvencia.

Esta norma acoge el principio de la universalidad moderada para regular estos procedimientos. No es una norma que busque uniformizar el derecho sustantivo de la insolvencia y respeta el derecho procesal interno de cada Estado. Sus disposiciones solo pretenden homogeneizar ciertos criterios del procedimiento de insolvencia transnacional en los Estados que la adopten.

Cabe señalar que las normas de cooperación se encuentran dentro del ámbito de las normas interetáticas, que corresponden al método sustantivista. Pero también estarán limitadas, ya que, como bien lo señala el profesor FRANCESKAKIS⁵⁰⁸, *“el Estado debe velar por la integridad de sus estructuras sociales y la cooperación internacional no puede comenzar más que una vez que aquel deber primario haya sido cumplido y aquella exigencia básica haya sido satisfecha”*, por las normas autolimitativas.

Al respecto, analicemos algunos artículos de la norma:

“Artículo 31. Presunción de insolvencia basada en el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal

Salvo prueba en contrario, el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal constituirá prueba válida de que el deudor es insolvente a los efectos de la apertura de un procedimiento con arreglo a *[indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia]*.”

En el artículo 31 se afirma la universalidad del hecho generador de la insolvencia, habrá una presunción de que el deudor es insolvente para dar inicio a un procedimiento no principal en el Estado promulgante. Proclamando una característica del principio de

⁵⁰⁸ FRANCESKAKIS, Phocion: *“Quelques précisions sur les lois d’application immédiate et les rapports avec les règles des conflits de lois”*, Revue critique de Droit Internationale Prive, Paris, 1966, pp, 1-18.

universalidad, pero al aceptar la apertura de procedimientos secundarios observamos una flexibilización de este principio.

“Artículo 19. Medidas otorgables a partir de la solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero

1. Desde la presentación de una solicitud de reconocimiento hasta que se resuelva esa solicitud, el tribunal podrá, a instancia del representante extranjero y cuando las medidas sean necesarias y urgentes para proteger los bienes del deudor o los intereses de los acreedores, otorgar medidas provisionales, incluidas las siguientes:

- a) Paralizar toda medida de ejecución contra los bienes del deudor;*
- b) Encomendar al representante extranjero, o a alguna otra persona designada por el tribunal, la administración o la realización de todos o de parte de los bienes del deudor que se encuentren en el territorio de este Estado, para proteger y preservar el valor de aquellos que, por su naturaleza o por circunstancias concurrentes, sean perecederos, susceptibles de devaluación, o estén amenazados por cualquier otra causa;*
- c) Aplicar cualquiera de las medidas previstas en los incisos c), d) y g) del párrafo 1 del artículo 21.*
- 2. [Insértense las disposiciones (o hágase una remisión a las disposiciones vigentes en el Estado promulgante) relativas a la notificación].*
- 3. A menos que se prorroguen con arreglo a lo previsto en el inciso f) del párrafo 1 del artículo 21, las medidas otorgadas con arreglo al presente artículo quedarán sin efecto cuando se dicte una resolución sobre la solicitud de reconocimiento.*
- 4. El tribunal podrá denegar toda medida prevista en el presente artículo cuando esa medida afecte al desarrollo de un procedimiento extranjero principal.”*

El presente artículo nos presenta una norma sustantiva que orienta al juez sobre las medidas provisionales que puede tomar mientras se analiza la solicitud de reconocimiento, cabe señalar que son sólo algunos ejemplos, el juez podrá tomar cualquier medida que considere adecuada para preservar la intangibilidad del patrimonio del deudor.

Artículo 13. Acceso de los acreedores extranjeros a un procedimiento seguido con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia]

1. Salvo lo dispuesto en el párrafo 2 del presente artículo, los acreedores extranjeros gozarán de los mismos derechos que los acreedores nacionales respecto de la apertura de un procedimiento en este Estado y de la participación en él con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia].

2. Lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo no afectará al orden de prelación de los créditos en un procedimiento abierto con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia], salvo que no se asignará a los créditos de acreedores extranjeros una prelación inferior a [indíquese la categoría de créditos ordinarios no preferentes, y que todo crédito extranjero tendrá una prelación más baja que los créditos ordinarios no preferentes cuando el crédito equivalente en el país (por ejemplo, una sanción pecuniaria o un crédito con pago diferido) tenga una prelación más baja que los créditos ordinarios no preferentes].²

². Lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo no afectará al orden de prelación de los créditos en un procedimiento enablado con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia] ni a la exclusión de ese procedimiento de los créditos extranjeros por concepto de impuestos o seguridad social. No obstante, no se dará a los créditos extranjeros que no se refieran a obligaciones tributarias o de seguridad social una prelación inferior a la de [indíquese la categoría de créditos ordinarios no preferentes, y que todo crédito extranjero tendrá una prelación más baja que los créditos ordinarios no preferentes cuando los créditos equivalentes en el país (por ejemplo una sanción pecuniaria o un crédito con pago diferido) tengan una prelación más baja que los créditos ordinarios no preferentes]."

Se aprecia en esta disposición el uso del método autolimitativo, ya que el orden de prelación de los créditos deberá regirse por la norma nacional, haciendo énfasis en que ésta no debe discriminar a los créditos por razón de su origen extranjero. Los Estados, de acuerdo con su política legislativa, otorgan un marco de protección mayor a una determinada clase de créditos, en consecuencia, adoptan medidas para salvaguardar dichos créditos, entre ellas, darle un mejor orden de prelación respecto a los otros. Estas medidas no pueden ceder frente a una norma extranjera.

1.3.- La Ley Modelo en la actualidad.-

Luego de la emisión de la Ley Modelo en 1997, continuaron los trabajos sobre el problema de la insolvencia transfronteriza y las nuevas interrogantes que surgían a medida que los Estados incorporaban dicha norma a su derecho interno. Es así que en el año 1999 se presentó la propuesta de realizar un nuevo texto sobre insolvencia de empresas, el mismo que fue aprobado en la sesión 37° en el año 2004, denominado: “*Guía Legislativa de UNCITRAL sobre el régimen de la insolvencia*”.

La Guía Legislativa se divide en dos partes: en la primera establece sus objetivos fundamentales para un régimen de insolvencia efectivo y eficaz; en la segunda desarrolla sus lineamientos en seis capítulos. En ambas partes encontraremos comentarios con carácter expositivos que buscan señalar los propósitos u objetivos la política legislativa y ofrecer recomendaciones para orientar la actuación de los legisladores.

En la reunión del año 2005 se propuso trabajar en las posteriores sesiones temas como: los grupos de sociedades en situación de insolvencia, la financiación posterior a la declaración de insolvencia, los protocolos de insolvencia transfronteriza y las comunicaciones entre tribunales, la responsabilidad de los administradores y directivos en la insolvencia, la insolvencia y el fraude comercial. Este proyecto debía tomar en cuenta la primacía del centro de principales intereses y las medidas a adoptar con sus filiales extranjeras.

En el 2006 se aprobó trabajar en el proyecto sobre el tratamiento de los grupos de sociedades y la financiación posterior a la declaración de insolvencia, este proyecto se prolongó hasta el 2010 en que se incorpora a la Guía Legislativa la parte tercera sobre el tratamiento de los grupos de empresas en insolvencia transfronteriza. Asimismo se buscó reforzar las medidas de coordinación, cooperación y comunicación entre los tribunales y dar una definición al centro de los principales intereses.

En el 2009 adoptó la “*Guía Prácticas de la CNUDMI sobre cooperación en la Insolvencia Internacional*”, la cual busca a través de la experiencia recogida brindar a los jueces información sobre aspectos prácticos de cooperación y comunicación en casos de insolvencia transfronteriza. Este texto plantea la solución de problemas basándose en el uso y negociación de los acuerdos transfronterizos que se hace posible mediante la cooperación entre los tribunales, presenta algunas cláusulas modelos para explicar cómo se han abordado los distintos problemas que se han presentado, no se pretende que éstas sean incorporadas directamente en un acuerdo transfronterizo.⁵⁰⁹

⁵⁰⁹ <http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/insolvency/2009PracticeGuide.html>

En el año 2011 la CNUDMI aprobó el texto: La Ley Modelo de la CNUDMI desde la perspectiva judicial, en este texto se examina la ley modelo de 1997 desde la perspectiva de un juez, no se hace referencia a ningún tipo de adaptaciones que se hayan hecho al incorporarla a algún país.⁵¹⁰

En el año 2012, se realizó el 41° periodo de sesiones, en el que se deliberó los siguientes temas: a) dar una orientación para la interpretación de los conceptos de la Ley Modelo; y b) las responsabilidades y obligaciones de los directores en el periodo cercano a la insolvencia. Respecto al primer punto, se discutió sobre el desarrollo del concepto “Estado promulgante”, si éste se refería al Estado receptor o al Estado iniciador, acordándose que la Secretaría prepararía una definición del mismo para incorporarla a la Guía Legislativa; asimismo, el “centro de los principales intereses del deudor” debería corresponder a el lugar en que los acreedores pueden presumir que el deudor abriría un procedimiento de insolvencia si llegara a encontrarse ante una situación de insolvencia, los factores que deben tomarse en cuenta para ello son: i) si el lugar es fácil de averiguar para los acreedores, ii) si se trata del lugar donde el deudor tiene sus principales bienes o realiza sus principales operaciones; y iii) si es el lugar donde el deudor administra sus negocios. Si hay conflictos entre estos factores el tribunal decidirá de acuerdo al caso en concreto. El momento de determinación del centro de los principales intereses del deudor estaría dado por la fecha de apertura del procedimiento de insolvencia extranjero, se debe entender que esa fecha de apertura es determinada por la ley aplicable, luego de esa fecha no puede cambiarse dicho centro por el deudor. Respecto al segundo punto, no se llegó a algo concreto sobre la responsabilidad y obligaciones de los directores, se establecieron algunos puntos, se presume la responsabilidad de los directores hasta que pudieran demostrar lo contrario; sin embargo, se ordenó a la Secretaría hacer un texto para discutirlo en una próxima sesión, ya que se manifestaron muchas objeciones al respecto.⁵¹¹

2. CONVENIO EUROPEO: REGLAMENTO COMUNITARIO 1340/2000

⁵¹⁰ <http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/insolvency/2011Judicial_Perspective.html>

⁵¹¹ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, “Informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la labor realizada en su periodo 41° de sesiones”. Nueva York, 30 de abril- 04 de mayo 2012. Consultada el 01.02.2013. <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V12/534/49/PDF/V1253449.pdf?OpenElement>>

2.1. Antecedentes.-

Ha sido un largo camino recorrido para la conclusión del Convenio sobre procedimientos concursales de la Unión Europea, sobre todo porque este proyecto en sus inicios ambicionaba la universalidad y unidad en su forma más absoluta. Todo este impulso tiene su origen en el artículo 220 del Tratado de Roma (25 de marzo de 1957) constitutivo de la Comunidad Europea, en el que establece que los Estados miembros entablarían negociaciones entre sí a fin de asegurar a sus nacionales *“la simplificación de las formalidades a que están sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las decisiones judiciales y de los laudos arbitrales”*. No obstante, cabe señalar que las negociaciones para elaborar un convenio sobre este tema se realizaron desde 1960, se dispuso tratar los temas de quiebra y demás procedimientos análogos en convenio específico.⁵¹²

Así se aprobó el Convenio de Bruselas de 27 de setiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y en 1980 se tenía la primera propuesta de la Comisión Europea sobre procedimientos de insolvencia, luego de revisarlo y modificarlo se abandona completamente el proyecto en 1985, por falta de consenso con algunos miembros de la Comunidad.⁵¹³ El proyecto estaba basado en los principios de universalidad y unidad, un solo liquidador se haría cargo de todo el procedimiento en todos los países donde se extendiera la insolvencia, abarcaba los temas de competencia judicial internacional, se consideraban competentes con carácter de exclusividad los tribunales del Estado parte donde el deudor tenía su centro de negocios, ley aplicable: la *LEX FORI CONCURSUS*, y reconocimiento y ejecución de decisiones en la materia, se establecía un régimen de reconocimiento automático.⁵¹⁴

Debido a las dificultades presentadas para aprobar el Convenio comunitario, el Consejo de Europa abordó la materia con objetivos más modestos, reconoció la jurisdicción internacional indirecta en procedimientos de insolvencia, es decir, como producto de la

⁵¹² Cf. MORALES DE SETIÉN RAVINA, Carlos F. Op.Cit. pp. 57-58.

⁵¹³ Cf. Ibíd.

⁵¹⁴ Cf. CAMPUSANO DÍAZ, Beatriz. “Aspectos internacionales del Derecho Concursal”, Op. cit., pp. 34-35.

posibilidad del reconocimiento de decisiones extranjeras en un procedimiento nacional, diferente a la competencia directa en la que cada jurisdicción tiene asignada una competencia concreta e irrenunciable en la materia del conflicto que se fije, asimismo se otorgó poderes al liquidador o representante de la quiebra ante tribunales extranjeros sujeto a límites y se incorporó el tratamiento de los procedimientos secundarios para proteger los intereses y garantías de los acreedores locales, reduciendo el alcance de la unidad y la universalidad. Se aprobó el texto abierto a la firma el 05 de junio de 1990 en Estambul, los Estados contratantes podían ratificar sólo parte de la convención, por lo que algunos la denominaron “*convención a la carta*”.⁵¹⁵ No obstante, no consiguió entrar en vigor debido a que no logró el número de ratificaciones necesarias.⁵¹⁶

Este debate sobre el Convenio del Consejo de Europa, se retomó en el ámbito de la Comunidad Europea señalándose que el modelo establecido sería de gran utilidad y considerado en las futuras negociaciones. Se introdujeron cambios relevantes, tales como, la competencia judicial internacional para apertura del procedimiento territorial, antes se atendía en función a la ubicación de un establecimiento o de bienes del deudor, ahora se eliminaba la referencia a los bienes. Asimismo, se incluyeron los procedimientos de saneamiento. Este documento, Convenio de Bruselas, quedó apto para la firma el 23 de noviembre de 1995. A pesar de ser firmado por muchos de los países miembros, este Convenio no prosperó debido a cuestiones políticas coyunturales ajenas a su contenido mismo. El Reino Unido se negó a firmar por el bloqueo que sufrieron sus exportaciones debido a lo que se conoció como la crisis de las *vacas locas*.⁵¹⁷

Respecto a su contenido establecía reglas de competencia judicial internacional directa, tanto para la apertura del procedimiento principal como para la apertura del procedimiento territorial. En el procedimiento principal la competencia es determinada por el Estado parte donde el deudor tenga el *centro de sus intereses principales* y el procedimiento tiene efectos universales. En el procedimiento secundario la competencia está determinada por el lugar donde el deudor tenga un *establecimiento* y este procedimiento tiene efectos

⁵¹⁵ Cf. MORALES DE SETIÉN RAVINA, Carlos F. Op. cit., p, 59.

⁵¹⁶ CAMPUSANO DÍAZ, Beatriz. Op. cit., p, 41.

⁵¹⁷ Ídem., p, 44.

territoriales, cabe señalar que este tipo de procedimientos tienen como propósito la protección de los acreedores locales y lograr una mejor administración de los bienes.⁵¹⁸ Asimismo dispuso la *LEX FORI CONCURSUS* como la ley aplicable al procedimiento pero con una serie de excepciones, tratando de proteger a los acreedores locales. Finalmente, establecía un régimen de reconocimiento automáticos destinados a favorecer los efectos universales del procedimiento principal por lo que el síndico podía desplegar sus poderes en el territorio de los otros Estados parte, no obstante, se podía denegar el reconocimiento y ejecución de una resolución dictada en un Estado parte si ésta resultase contraria al orden público de un Estado requerido.⁵¹⁹

El 26 de mayo de 1999, Alemania y Finlandia, con fundamento en lo establecido por el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, presentaron una iniciativa que contenía básicamente lo mismo que el Convenio de Bruselas y terminó en la aprobación el 29 de mayo de 2000 del Reglamento del Consejo sobre procedimientos de insolvencia, que entró en vigor el 31 de mayo de 2002.⁵²⁰

2.2. Regulación.-

El Reglamento es el mayor paso que se ha dado camino a la armonización del derecho internacional privado para tratar los procedimientos de insolvencia, basado en los principios de reconocimiento mutuo y cooperación. A través de éste la Comunidad Europea no ha buscado uniformizar las normas de insolvencia de los ordenamientos nacionales, sino que intenta dar respuesta a los problemas típicos del Derecho Internacional Privado, que se observan en la insolvencia internacional, tales como los conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones⁵²¹.

⁵¹⁸ Informe sobre el Convenio de Bruselas relativo a los procedimientos de insolvencia de 23 de noviembre de 1995, elaborado por VIRGOS, M. y SCHIMIT, E, consultado en “Derecho Procesal Civil Europeo”, M. VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFEREZ, F, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. 443-444.

⁵¹⁹ Cf. CAMPUSANO DÍAZ, Beatriz. Op. cit., pp. 44-46.

⁵²⁰ Cf. CUBILLOS, Camilo. “El procedimiento de insolvencia –una visión comunitaria”. Consultada el 10.06.2011. < <http://www.emercatoria.edu.co/paginas/volumen3/pdf02/procedimiento.pdf>>.

⁵²¹ Cf. IRIARTE, Ángel y CASADO ABARQUEDO, Martha. En: “European Insolvency Law: Brief Approach to Council Regulation (EC) N°. 1346/2000 on Insolvency Proceedings”. EUROPEAN INSOLVENCY REGULATION. España: ARANZADI, 2010, pp. 19., CUBILLOS, Camilo E., “El

Así el Reglamento se ha trazado los siguientes objetivos: armonizar los criterios de atribución de competencia de las cortes de los Estados miembros de la Unión Europea; la redistribución equitativa de créditos como base de los procedimientos de insolvencia; introducir normas conflictuales uniformes para los procedimientos de insolvencia y vincular sentencias; y, desincentivar el fórum shopping.⁵²²

Por ello el reglamento tiene *normas procedimentales de insolvencia* y en su estructura se regula lo relativo a la *competencia judicial* (la jurisdicción competente para los procedimientos de insolvencia), la *ley aplicable* (señala la ley aplicable a un procedimiento concreto, remite a una ley nacional de los Estados miembros) y al *reconocimiento efectos de las resoluciones* dictadas en el extranjero.⁵²³ A continuación, estudiaremos la estructura del Reglamento de insolvencia.

- *Ámbito de Aplicación:*

El Convenio aborda cuatro importantes aspectos respecto a su ámbito de aplicación, estos son, el aspecto material, personal, espacial y temporal.

- a. Aspecto Material.- se encuentra regulado en el artículo 1.1 del Reglamento que señala que será aplicable:

“(...) a los procedimientos colectivos fundados en la insolvencia del deudor que impliquen en desapoderamiento parcial o total de éste último y el nombramiento de un síndico”.

Se desprenden de este artículo cuatro conceptos importantes^{524,525}:

procedimiento de insolvencia-Una visión comunitaria”, Revist@-Mercatoria, p. 4, Consultada el 10.11.2010. <<http://www.emercatoria.edu.co/paginas/volumen3/pdf02/procedimiento.pdf>>.

⁵²² Cf. IRIARTE, Ángel y CASADO ABARQUEDO, M. Op. Cit. pp. 19.

⁵²³ *Ibíd.*

⁵²⁴ *Ibíd.*

⁵²⁵ Cabe señalar que se ha presentado una propuesta de modificación del Reglamento de Insolvencia Europeo, que desarrollaremos en líneas posteriores, en la que se incluyen los procedimientos de preinsolvencia e híbridos.

1. La situación de insolvente, que es determinada por la legislación nacional del Estado parte que está administrando el procedimiento;
 2. el carácter colectivo del procedimiento, “*supone la exclusión de la ejecución individual de los créditos*”⁵²⁶, se busca lograr la satisfacción colectiva de los acreedores para asegurar la distribución equitativa de los activos;
 3. desapoderamiento del deudor, éste puede ser parcial o total, implica que el deudor pierda facultades de administración.
 4. Nombramiento del síndico⁵²⁷, que es consecuencia del desapoderamiento del deudor.
- b. Aspecto personal.- el Reglamento no pone una limitación a que el deudor sea una persona natural o jurídica, comerciante o particular; dejando a la ley del Estado de apertura del procedimiento establecer qué tipo de deudores pueden quedar sometidos a un procedimiento de insolvencia en calidad de tales (art. 4.a). No obstante, señala que esta regulación no se aplicará a los bancos, entidades de créditos, compañía de seguros, ni a las empresas de inversión que presten servicios que impliquen la posesión de fondos de valores negociables de terceros, ni a los organismos de inversión colectiva. (art. 2).⁵²⁸
- c. Aspecto espacial.- el Reglamento de insolvencia, en principio, se aplicará en el territorio de todos los Estados miembros, excepto Dinamarca, su aplicación se limita a los procedimientos de insolvencia intracomunitarios, los cuales son abiertos cuando el deudor tiene su centro de interés principal dentro del territorio de uno de los Estados parte, para los demás procedimientos seguirá vigente el Derecho internacional privado de cada Estado (art. 14).⁵²⁹ No ha sido desarrollado en el Reglamento el concepto de “*centro de intereses principales del deudor*”, no obstante, posterior jurisprudencia ha intentado delimitarlo y, también, en la

⁵²⁶ CAMPUSANO DÍAZ, Beatriz. Op. Cit. p. 62.

⁵²⁷ El Reglamento en el artículo 2.b) desarrolla el concepto de síndico: “*cualquier persona u órgano cuya función consista en administrar o liquidar la masa o supervisar la gestión de los negocios del deudor*” y en el Anexo C cada Estado indica quienes son las personas u órganos que pueden desempeñarse como tal.

⁵²⁸ CAMPUSANO DÍAZ, Beatriz. Op. Cit. p. 66, IRIARTE, Ángel y CASADO ABARQUEDO, Martha. Op. cit. p. 24.

⁵²⁹ Cf. CAMPUSANO DÍAZ, Beatriz. Op. Cit. p. 67.

propuesta de modificación del Reglamento se ha desarrollado un concepto mejor del mismo.⁵³⁰

Para las sociedades y personas jurídicas se presume que su centro está donde se encuentra situado su domicilio social (art. 3.1). Respecto a los acreedores, el reglamento sólo será aplicable a los acreedores comunitarios, para los acreedores extracomunitarios serán aplicables las reglas de Derecho internacional privado de cada país (arts. 39° y 44°).^{531 532}

d. Aspecto temporal.- el Reglamento se rige por el principio de irretroactividad, por lo que será aplicado a los procedimientos de insolvencia que sean abiertos posteriormente a la entrada en vigencia del mismo, 31 de mayo de 2002, no importando que antes de esa fecha se haya iniciado un procedimiento de insolvencia y con posterioridad sea necesario abrir otro procedimiento sea principal o secundario (art.43).⁵³³

En el artículo 2 inciso f) se establece desde cuando se debe considerar abierto un procedimiento de insolvencia: *“es el momento a partir del cual la decisión de apertura produce efectos, independientemente de que la decisión sea o no definitiva”*.

- *Procedimiento de insolvencia.-*

El Reglamento permite que se desarrolle un procedimiento principal y universal, junto a otro u a otros procedimientos territoriales, así renuncia a los principios de unidad y universalidad del procedimiento, a favor de la universalidad limitada. Es decir, reconoce un

⁵³⁰ “El centro de los principales intereses de una sociedad deudora debe determinarse dando preferencia al lugar de la administración central de dicha sociedad, como puede demostrarse por los datos objetivos y que pueden comprobarse por terceros. En el supuesto de que los órganos de dirección y control de una sociedad se encuentran en el lugar de su domicilio social y que las decisiones de gestión de esa sociedad se adopten, de forma que pueda comprobarse por terceros, en dicho lugar, no puede desvirtuarse la presunción establecida en el citado precepto.”

⁵³¹ Cf. CUBILLOS, Camilo E. Op. cit. p. 6.

⁵³² En la propuesta de modificación del Reglamento se desarrollan supuestos en los cuales es posible desvirtuar esta presunción.

⁵³³ Ídem., p. 9.

único procedimiento universal el cual afecta a todos los activos del deudor sin importar donde se encuentren situados; no obstante, junto a éste se puede iniciar procedimientos colaterales en los otros Estados parte⁵³⁴.

La competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias en el Reglamento están regulados en función del tipo de procedimiento ante el cual nos encontremos, tal como lo observaremos a continuación:

I. Procedimiento Principal de insolvencia.-

El procedimiento principal de insolvencia se abre en el Estado parte donde el deudor tiene el centro de sus intereses principales y sus efectos alcanzan, en principio, todos los activos del deudor insolvente donde sea que se encuentren, este procedimiento puede ser liquidatorio o de reestructuración. Es regido por una ley única, la ley del Estado que abre el procedimiento de insolvencia (la *lex fori concursus principalis*), tanto a los aspectos procedimentales como a los aspectos sustantivos de la insolvencia. No obstante, el Reglamento mitiga el principio universalidad reflejado en este procedimiento estableciendo dos medidas: (a) respecto a la ley aplicable que establece ciertas **excepciones** a la aplicación de la *lex fori concursus*; y (b) las normas que permiten los procedimientos territoriales.⁵³⁵

La competencia judicial internacional está regulada en el artículo 3.1 del Reglamento, en el que dispone que serán competentes para abrir el procedimiento de insolvencia los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre el “*centro de los principales intereses del deudor*”, considerándose éste un procedimiento principal de insolvencia (art. 3.4).⁵³⁶

⁵³⁴ Ídem., p. 20.

⁵³⁵ Cf. CUBILLOS, Camilo E., “*El procedimiento de insolvencia-Una visión comunitaria*”, *Revista Mercatoria*, p. 5, Consultada el 10.11.2010. <<http://www.emercatoria.edu.co/paginas/volumen3/pdf02/procedimiento.pdf>>

⁵³⁶ Cabe señalar que en los proyectos del Convenio que se habían elaborado con anterioridad en los años 1970 y 1980, se usaba el término “centro de negocios” para delimitar la competencia judicial internacional. Que luego fue cambiado por el actual en el Convenio de 1995 y que también influyó en la Ley Modelo UNCITRAL que tomó en su art. 2.b) “centro de sus principales intereses”. AGUILAR BENITEZ, Mariano y

Asimismo en el considerando 13 se señala que el centro principal de intereses debería corresponder al lugar donde el deudor lleve a cabo de modo habitual la administración de sus intereses y, por ello, posible de ser averiguado por terceros. Para el caso de las personas jurídicas y sociedades debe presumirse, salvo prueba en contrario, que éste se encuentra en su domicilio social (art. 3.1).

Se observa que la palabra “lugar” se utiliza como criterio fáctico de localización o ubicación territorial, por lo que la nacionalidad del deudor u otro factor no es transcendental. También se indica “la habitualidad” para establecer que dicha localización debe tener una continuidad en el tiempo y que no se trata de un lugar ocasional. Y finalmente al señalar que es el lugar donde se “administren los intereses principales” se puede incluir aquí a todo tipo de deudor y descarta otros centros de administración del deudor que no sea principal.⁵³⁷

El Reglamento sólo determina la jurisdicción internacional de la corte del Estado que abre el procedimiento de insolvencia, la jurisdicción territorial dentro del Estado debe ser determinada por su legislación interna.⁵³⁸

A diferencia del Reglamento 44/2001⁵³⁹, en el Reglamento de Insolvencia no encontramos una regla para los casos de *litispendencia*. Se presume que esto se debe a que antes estos conflictos en insolvencia internacional se presentaban extraordinariamente ya que se presumía que las compañías sólo tenían un solo centro de interés principal y porque el reconocimiento de un procedimiento de insolvencia principal prevenía a las cortes de los otros Estados miembros de abrir otros procedimientos principales. Sin embargo, con el transcurrir del tiempo se han observado diversos casos de *litispendencia* que la Corte de Justicia Europea ha resuelto aplicando el artículo 16 que señala que: “*Toda resolución de*

CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz. En: “La Competencia judicial Internacional en material concursal”. Libro Homenaje a Manuel Olivencia. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 2005, p. 613.

⁵³⁷ Informe Virgós/Schimit, consultado en VIRGÓS SORIANO, M y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho procesal civil europeo*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. 464-465.

⁵³⁸ Cf. AGUILAR BENITEZ, Mariano y CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz. Op. Cit. p. 617.

⁵³⁹ Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, 22 de diciembre del 2000, relativo a la Competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

*apertura de un procedimiento en un Estado miembro en virtud del artículo 3.1, será reconocida por los demás Estados miembros desde el momento en que la resolución produzca efectos en el Estado de apertura”.*⁵⁴⁰

En síntesis, en el caso de un procedimiento principal de insolvencia *la competencia judicial internacional* tendrá como factor de atribución para la misma el lugar que constituya “*el centro de los principales intereses del deudor*”, cuya característica es ser un lugar con determinada permanencia en el tiempo y de donde se administran los principales intereses del deudor. Se tendrá como presunción que éste se encuentra en su domicilio social, para las personas jurídicas y en su residencia habitual, para las personas naturales.

Para el caso de litispendencia se debe resolver de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 16, en tal sentido, si la resolución de apertura del procedimiento de insolvencia ya desplegó sus efectos en el Estado que declaró el mismo, y el juez de dicho Estado es competente de acuerdo al artículo 3.1 del Reglamento, debe respetarse la jurisdicción de dicho Estado. Este razonamiento es coherente con el principio del reconocimiento automático que proclama el Reglamento sobre la resolución de apertura del procedimiento de insolvencia en la Unión Europea, una vez emitida todos los Estados deben reconocerla.⁵⁴¹

Respecto a la *ley aplicable*, el Reglamento establece en sus artículos del 4 al 15 un conjunto uniforme de normas conflictuales que determinarán en cada situación la ley material aplicable, en este caso, la ley foro, con ciertas excepciones que serán regidas por la *LEX CAUSAE*.

El punto de partida es una norma de conflicto que remite con carácter general a la ley del foro, ley del Estado miembro donde se abrió el procedimiento, que determinará las condiciones de apertura, desarrollo y terminación del procedimiento, también conocida como la *LEX CONCURSUS* o *LEX FORI CONCURSUS* (art. 4). No obstante, pese a que se parte del principio de universalidad, hay un número significativo de excepciones a la *LEX*

⁵⁴⁰ IRIARTE, Ángel y CASADO ABARQUEDO, M. Op. Cit. pp. 28 y 29.

⁵⁴¹ En la propuesta de modificación del Reglamento observaremos se incluye una disposición que solicita al juez señale en la resolución de apertura del procedimiento de insolvencia los motivos en las que basan su competencia.

FORI CONCURSUS, que denota una universalidad limitada, y han sido establecidos para “*proteger expectativas legítimas y la seguridad de las operaciones de los Estados miembros*”^{542, 543}.

Nos señala el profesor PASTOR RIDRUEJO que la aplicación de esta ley tiene un doble fundamento: como ley de procedimiento ya que el concurso presente una dimensión marcadamente procesal, siendo un principio admitido que las cuestiones procesales se rigen por la ley del foro, y como ley sustantiva reguladora del fondo del concurso.⁵⁴⁴

Cabe señalar que en materia concursal la competencia judicial internacional condiciona la competencia legislativa. Sin embargo, pese a que esta norma –*LEX FORI CONCURSUS*– regulará en gran medida las cuestiones que susciten, no se encuentra en situación de monopolio ya que se incluyen excepciones.⁵⁴⁵

El artículo 4.2 señala una lista de las materias que regula la *LEX FORI CONCURSUS*, que es meramente ejemplificativo, ya que dice “*en particular*”, son las siguientes⁵⁴⁶:

- (a) Los deudores que puedan ser sometidos a un procedimiento de insolvencia en calidad de tales;
- (b) Los bienes que forman parte de la masa y la suerte de los bienes adquiridos por el deudor después de la apertura del procedimiento de insolvencia;
- (c) Las facultades respectivas del deudor y del síndico;
- (d) Las condiciones de oponibilidad de una compensación;
- (e) Los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los contratos en vigor en los que el deudor sea parte;
- (f) Los efectos de la apertura de un procedimiento de insolvencia sobre las ejecuciones individuales con excepción de los procesos en curso;

⁵⁴² Considerando 24 del Reglamento Europeo de Insolvencia N° 1346/2002.

⁵⁴³ Cf. CAMPUSANO DÍAZ, Beatriz. Op. Cit. p. 141. IRIARTE, Ángel y CASADO ABARQUEDO, Martha. Op. cit. p. 31.

⁵⁴⁴ Cf. PASTOR RIGRUEGO, J.A., Op. cit. pp., 189-190.

⁵⁴⁵ Cf. CAMPUSANO DÍAZ, Beatriz. Op. Cit. p. 146-147.

⁵⁴⁶ *Ibíd.*

- (g) Los créditos que deban cargarse al pasivo del deudor y la suerte de los créditos nacidos después de la apertura del procedimiento de insolvencia;
- (h) Las normas relativas a la presentación, examen y reconocimiento de los créditos ;
- (i) Las normas del reparto del producto de la realización de los bienes, la graduación de los créditos y los derechos de los acreedores que hayan sido parcialmente indemnizados después de la apertura del procedimiento de insolvencia en virtud de un derecho real o por defecto de una compensación;
- (j) La condiciones y los efectos de la conclusión del procedimiento de insolvencia, en particular mediante convenio o medida equivalente;
- (k) Los derechos de los acreedores después de terminado el procedimiento de insolvencia, incluyendo la eventual liberación (*discharge*) de la deuda residual;
- (l) Las costas y los gastos del procedimiento de insolvencia;
- (m) Las normas relativas a la nulidad, anulación o inoponibilidad de los actos perjudiciales al conjunto de los acreedores.

Las excepciones a la *LEX FORI CONCURSUS* se encuentran en los artículos del 5 al 15:

- (a) *Derechos reales de terceros (art. 5.1)*, señala que la apertura de un procedimiento en algún Estado miembro no afectará los derechos reales de un acreedor o tercero sobre los bienes del deudor que se encuentren situados en otro Estado miembro al momento de la apertura del procedimiento.⁵⁴⁷

El reglamento no señala lo que debe entenderse por derecho real, para evitar dejar fuera de éstos a los que la ley local pueda considerarlos como tales, o considerar a alguno que ésta no lo considere⁵⁴⁸, tal calificación le corresponde a la ley rectora del mismo, normalmente la *LEX REI SITAE*.⁵⁴⁹ No obstante, establece algunos ejemplos en el artículo 5.2: a) el derecho a realizar o hacer realizar el bien y a ser pagado con el producto o los rendimientos de dicho bien; (b) el derecho exclusivo a cobrar un crédito, en particular el derecho garantizado por una prenda de la que sea objeto el crédito o por la cesión de dicho crédito a título de garantía; (c) el derecho a

⁵⁴⁷ El lugar de la situación de los bienes a efectos de aplicar el Reglamento se encuentra en el artículo 2.g.

⁵⁴⁸ Informe Virgós/Schimit. Op. cit. p. 474.

⁵⁴⁹ CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz. Op. cit. 157. IRIARTE, Ángel y CASADO ABARQUEDO, M. Op. Cit. p. 33.

reivindicar el bien y a reclamar su restitución a cualquiera que lo posea o utilice en contra de la voluntad de su titular; (d) el derecho real a percibir los frutos de un bien. El artículo 5 indica que debe ser considerado como derecho real el derecho inscrito en un registro público y oponible a terceros. Asimismo señala en el acápite 4° que se podrán aplicar las acciones de nulidad, anulación o inoponibilidad que se observa en el artículo 4.2 literal (m).

- (b) *Compensación*, se rige, en principio, por la *LEX FORI CONCURSUS*, según nos señala el artículo 4.2 literal (d). No obstante, el considerando 26 del Reglamento dispone que si la *LEX FORI CONCURSUS* no admite la compensación se recurrirá a la ley aplicable al crédito del deudor insolvente (art. 6), y se realizará la compensación de acuerdo con las condiciones establecidas para los casos de insolvencia por esta otra ley.⁵⁵⁰

Los créditos a compensar normalmente tienen una naturaleza contractual, en tal sentido la ley aplicable al crédito del deudor insolvente será la que indique el Convenio de Roma I⁵⁵¹, sobre las obligaciones contractuales.⁵⁵² Así la norma cumple con la función de garantía para el acreedor ya que desde el inicio podrá conocer la ley que se le aplicará a dicha obligación.

- (c) *Reserva de propiedad* (art. 7), se aplica como excepción a la *LEX FORI CONCURSUS*, sólo en caso de que el bien se encuentre en un Estado distinto del de apertura en el momento de inicio del procedimiento.

Este artículo provee una doble regla: la primera trata sobre la insolvencia del comprador (art. 7.1), ésta no afectará los derechos del vendedor basados en una reserva de propiedad. La segunda trata sobre la insolvencia del vendedor (art. 7.2), luego que se haya entregado el bien, no será causal de resolución o rescisión de la venta y no impedirá al comprador la adquisición de la propiedad de dicho bien. En

⁵⁵⁰ Informe Virgós/Schimit. Op. cit. p. 476.

⁵⁵¹ Regulación (EC) no. 593/2008 de el Parlamento Europeo y de el Consejo de 17 de junio de 2008 en la ley aplicable para obligaciones contractuales (Roma I). Publicado el 4 julio de 2008.

⁵⁵² CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz. Op. cit.p. 167. IRIARTE, Ángel y CASADO ABARQUEDO, M. Op. cit. p. 34. FLETCHER, Ian F. “Insolvency in Private ...” Op. cit. p. 409.

ambos casos, como ya se ha mencionado, el bien debe encontrarse en un Estado miembro distinto al de apertura del procedimiento.

El artículo 7.3 nos señala que es posible ejercer las acciones de nulidad, anulabilidad o inoponibilidad contemplados en el artículo 4.2 (m), pese a lo contemplado en los incisos 1 y 2 del presente artículo.

- (d) *Contratos sobre bienes inmuebles*, en principio el efecto de la insolvencia sobre los contratos en curso, en general, se rigen por la *LEX FORI CONCURSUS* (art. 4.1.e); sin embargo, cuando el contrato verse sobre derecho de uso o adquisición de un bien inmueble que se encuentre situado dentro de algún Estado miembro distinto al de apertura del procedimiento, el efecto de la insolvencia sobre dichos contratos se regirá por la *LEX SITUS*.⁵⁵³
- (e) *Sistema de pagos y mercados financieros*, es un límite a la *LEX FORI CONCURSUS*, en caso de un procedimiento de insolvencia sea abierto contra uno de los participantes en dichos sistemas o mercados se regirá por la ley que rige dicho sistema (art. 9.1). Las acciones de nulidad, anulabilidad o inoponibilidad se rigen por la ley de dicho sistema, marcando la diferencia con los otros artículos donde seguía rigiéndose por la *LEX FORI CONCURSUS* (art. 4.2.m).
- (f) *Contrato de trabajo* (art. 10), se determina que los efectos del procedimiento de insolvencia sobre el contrato de trabajo y su relación laboral será regida solo por la ley del Estado miembro aplicable al contrato de trabajo. Esta norma implica una remisión al Reglamento de Roma I, el cual con el mismo objetivo de proteger a la parte contractual más débil, estipula un régimen especial a estos contratos señalados en sus artículos 8 y 9.⁵⁵⁴
- Este artículo solo se refiere a los efectos del procedimiento de insolvencia sobre el contrato de trabajo y su relación laboral, es decir, si el contrato concluye automáticamente por la insolvencia de la otra parte, así como los derechos y obligaciones de las partes. Estas cuestiones deben regularse por el Derecho aplicable a

⁵⁵³ Cf. FLETCHER, Ian F. “Insolvency in Private ...” Op. cit. p. 414.

⁵⁵⁴ Cf. IRIARTE, Ángel y CASADO ABARQUEDO, M. Op. cit. p. 36.

los contratos. Respecto a otras materias relacionadas con la insolvencia como saber si los créditos estarán o no protegidos por los privilegios, el monto de la cantidad protegida y el rango de privilegio, de ser el caso, se regirán por la *LEX FORI CONCURSUS* (considerando 28).

- (g) *Efectos sobre derechos sometidos a registro*, los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los derechos del deudor cuyo bien sea sometido a la inscripción de un registro público se regulará de acuerdo con la ley del Estado bajo cuya autoridad se lleve el registro (artículo 11). Por dos motivos: evitar los conflictos que puedan producirse entre la *LEX FORI CONCURSUS* y la ley del Estado del registro; y proteger la seguridad jurídica y ayudar al tráfico comercial.⁵⁵⁵
- (h) *Patentes y marcas comunitarias*, el artículo 12 del reglamento es una norma de derecho material, señala que las patentes y marcas, y derechos análogos establecidos por las normas comunitarias, solo podrán incluirse en un procedimiento principal.
- (i) *Actos perjudiciales*, el artículo 13 pone una barrera a la aplicación del artículo 4.2.(m) que nos señala a la *LEX FORI CONCURSUS* como la normalmente aplicable para impugnar la validez del acto perjudicial, indicando que dicho acto no será afectado por ésta norma cuando: (1). El acto se encuentre sujeto a una norma distinta del Estado de apertura, y (2). La ley que regula el acto no debe permitir en ningún caso su impugnación, esto es, tanto las reglas generales del derecho nacional que regula el acto, como las reglas de insolvencia de dicho Estado. Asimismo, se debe tomar en cuenta cada caso en concreto y este artículo no se aplica de oficio, el beneficiario de dicho acto debe probar que se cumple con lo solicitado para la aplicación del mismo. El objetivo de este artículo es proteger las expectativas generadas a los acreedores o terceros adquirentes sobre la validez de dichos actos, conforme a la ley normalmente aplicable, realizados antes de la apertura del procedimiento.⁵⁵⁶

⁵⁵⁵ Cf. Ídem., p. 37.

⁵⁵⁶ Cf. Ídem., p. 38 y FLETCHER, Ian F. “Insolvency in Private ...” Op. cit. pp. 401-402.

- (j) *Protección de terceros adquirentes*, se refiere a los actos de disposición del deudor realizados luego de la apertura del procedimiento de insolvencia, usualmente estos actos son declarados ineficaces según la *LEX FORI CONCURSUS*; sin embargo, la ley concursal extranjera puede contravenir la seguridad que da el sistema de publicidad registral, por lo que se aplicará la ley del Estado en cuyo territorio se encuentre el bien inmueble, o bajo cuya autoridad se lleve a cabo el registro. Los requisitos del artículo son: el acto debe haberse celebrado luego de la apertura del procedimiento, a título oneroso y que tenga por objeto un bien inmueble, buque o aeronave sujetos a la inscripción en registros o valores negociables inscritos en registros públicos.
- (k) Efectos sobre procedimientos en curso, debemos tomar en cuenta que el reglamento hace una diferencia entre los procedimientos de ejecución individual y los demás procedimientos. Los primeros son regidos por la *LEX FORI CONCURSUS* según el artículo 4.2 (f), salvo los amparados en los artículos 5 y 7. No obstante, en los segundos están contemplados los procesos declarativos en curso, los que se deben regir por la *LEX FORI PROCESSUS*, la ley procesal del Estado donde se está realizando dicho procedimiento es la que decidirá si continúa o no el proceso declarativo y las modificaciones procesales necesarias para reflejar la pérdida o limitación de facultades de disposición del deudor y la intervención del síndico.⁵⁵⁷ (artículo 15)

Finalmente, las limitaciones a la *LEX FORI CONCURSUS* nos permiten observar que el Reglamento no logra una universalidad en sentido estricto, sino que ésta debe flexibilizarse para lograr los objetivos que la misma norma propone y alcanzar el mayor grado de aceptación por los Estados miembros. Además, como se ha señalado, se busca proteger los intereses de los acreedores de cada Estado quienes pactaron un crédito bajo el amparo de sus normas locales y pensando que éstas les serían aplicables.

II. Procedimientos Territoriales de insolvencia.-

⁵⁵⁷ Cf. FLETCHER, Ian F. “Insolvency in Private ...” Op. cit. pp. 419-420.

Son los procedimientos de insolvencia que pueden abrirse en los Estados donde el deudor tiene un establecimiento, se encuentra subordinado al procedimiento principal y sus efectos quedan limitados a los bienes del deudor localizados en el territorio de dicho Estado parte. La masa pasiva no tiene una limitación territorial, ya que los acreedores pueden hacerse parte del proceso sean nacionales u extranjeros.⁵⁵⁸

Estos procedimientos pueden ser de dos tipos: *independientes* o *autónomos* y *secundarios* o *subordinados*. Los primeros tienen como objeto involucrar sólo a una parte de la empresa sin involucrar al resto, estos procedimientos sólo se abren cuando los acreedores locales lo solicitan o cuando no es posible la apertura de un procedimiento principal, pueden ser liquidatorios o de saneamiento; no obstante, si posteriormente se abriera un procedimiento principal, este procedimiento territorial se convertiría en un procedimiento secundario. Los segundos, son los que pueden abrirse posteriormente al procedimiento principal para garantizar la tutela de los acreedores locales o lograr una eficiente administración de todo el patrimonio del deudor; en tal sentido habrá una mutua colaboración entre los síndicos, siendo estos procedimientos sólo de liquidación y no de saneamiento.⁵⁵⁹

La competencia judicial internacional en los procedimientos secundarios está dada por el artículo 3.2 del Reglamento, en éste se indica que cuando el deudor tenga su centro principal de intereses dentro de la comunidad, los tribunales de otro Estado miembro sólo tendrán competencia para abrir un procedimiento de insolvencia respecto a ese deudor si éste tiene un *establecimiento*⁵⁶⁰ dentro de su territorio.

El propósito de estos procedimientos en la Unión Europea es permitir a los acreedores de los Estados de apertura conservar los privilegios o ventajas que la ley local les proporcione y que no se hayan mantenido en la ley aplicable al procedimiento principal.⁵⁶¹

⁵⁵⁸ *Ibíd.*

⁵⁵⁹ Cf. *Ídem.*, p. 6.

⁵⁶⁰ El término *establecimiento* está definido en el artículo 2 h): “*todo lugar de operaciones donde el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes*”.

⁵⁶¹ Cf. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “*El procedimiento auxiliar de insolvencia: una nueva configuración del Derecho Concursal Internacional*”, Anuario Español de Derecho Internacional Privado, 2005, p. 190. FLETCHER, Ian F. “*Insolvency in Private ...*” Op. cit. p. 431.

La **ley aplicable** a los procedimientos secundarios es la ley del Estado miembro que abrió dicho procedimiento secundario (art. 28).

Asimismo se observan normas de coordinación entre los procedimientos de insolvencia abiertos en los diferentes Estados (arts. 31 al 37). El artículo 31 impone la obligación de información y cooperación entre los síndicos de los procedimientos. Estos tienen un deber de información recíproca, especialmente la información que resulte relevante para el otro procedimiento, tales como, el estado de presentación y verificación de créditos y las medidas destinadas a poner fin al procedimiento. Se le otorga al síndico del procedimiento principal la facultad de presentar al síndico del procedimiento secundario, con tiempo suficiente, propuestas relativas a la liquidación o cualquier otra utilización de los activos del procedimiento secundario.

El artículo 32, intenta proteger los intereses de todos los acreedores, señala que los acreedores podrán presentar su crédito en el procedimiento principal y en todo procedimiento secundario; asimismo, los síndicos del procedimiento principal y del procedimiento secundario presentarán en los otros procedimientos los créditos ya presentados en los procedimientos en el que se les haya nombrado como administradores. El síndico estará facultado para participar en cualquier otro procedimiento en las mismas condiciones que cualquier otro acreedor, formando parte de una junta de acreedores.

El artículo 33, otorga otra medida de coordinación entre los procedimientos, el síndico del procedimiento principal tiene la facultad de solicitar la suspensión total o parcial del procedimiento secundario, esta petición puede rechazarse si, manifiestamente, no existe interés para el procedimiento principal, el plazo máximo de la misma puede ser por 3 meses y podría solicitarse que se renueve por el mismo periodo. La corte puede solicitar al síndico las “medidas adecuadas”⁵⁶² para proteger los intereses de los acreedores de los procedimientos secundarios y determinado grupo de acreedores. Asimismo, el tribunal del procedimiento secundario podrá poner fin a la suspensión de la liquidación de oficio, a

⁵⁶² El Reglamento no ha definido lo que debe entenderse por medidas adecuadas, quedando a la subjetividad del Tribunal y del síndico delimitar qué debe entenderse por ello.

pedido de un deudor, o por un síndico del procedimiento secundario cuando dicha suspensión no parezca ya justificada para el interés de los acreedores del procedimiento principal y secundario.

También se encuentran medidas para finalizar un procedimiento secundario sin una liquidación mediante un plan de reestructuración o convenio o medida similar, si esto es permitido por la ley que rige dicho procedimiento, éstas pueden ser propuestas por el síndico del procedimiento principal, serán definitivas si cuentan con la aprobación de éste, o cuando la medida propuesta no afecte los intereses financieros de los acreedores del procedimiento principal. (Artículo 34)

Si nos encontramos ante la apertura de un procedimiento principal, posterior a procedimiento territorial registrarán los artículos 36 y 37, los que señalan que en caso de que un procedimiento independiente se esté llevando a cabo, éste pasará a ser un procedimiento secundario y se le aplicarán los artículos 31 al 35, en la medida que dicho procedimiento lo permita. Respecto al activo excedente en el procedimiento secundario, el artículo 35 señala que luego de haber satisfecho los créditos en dicho procedimiento el excedente debe ser entregado al procedimiento principal.

Los efectos del procedimiento secundario, como ya lo hemos mencionado, recaerá sobre los activos del deudor que se localicen en el territorio de este segundo Estado miembro.

III. Reconocimiento del procedimiento de insolvencia y ejecución de decisiones.-

Los considerandos 22 y 24 del Reglamento establece un principio de *reconocimiento automático*, éste abarca todas las decisiones de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros relativas a la apertura, desarrollo, y terminación del procedimiento de insolvencia que entran en su ámbito de aplicación y de las decisiones pronunciadas en relación directa con dicho procedimiento de insolvencia. Este acto debería basarse en el principio de confianza mutua y los motivos de no reconocimiento deberían reducirse al mínimo posible.

El Reglamento en sus artículos del 16 al 25 establece normas de reconocimiento de la resolución que da inicio a la apertura del procedimiento de insolvencia, y los efectos del reconocimiento que incluyen el poder del síndico en los otros Estados miembros. A continuación desarrollaremos las principales materias que estos abarcan.

a) *Reconocimiento automático*, regulado en el artículo 16 del Reglamento, establece que la decisión de apertura del procedimiento adoptada por un tribunal⁵⁶³ del Estado miembro conforme al artículo 3^o⁵⁶⁴, será reconocida por los demás Estados miembros a partir de que empiece a producir efectos en el Estado de apertura, en concordancia con el artículo 2 (f)⁵⁶⁵, esto quiere decir que la resolución de apertura producirá efectos a pesar de que ésta no sea una resolución firme.⁵⁶⁶ Asimismo señala que los demás Estados deben reconocer la apertura de este procedimiento a pesar de que ese mismo deudor no pudiese ser sometido a un procedimiento de insolvencia en el Estado requerido. Y permite la posibilidad de abrir un procedimiento secundario, pese a reconocer un procedimiento principal.

b) *Efectos del reconocimiento*.- En su artículo 17 el Reglamento señala que esta resolución debe tener los mismos efectos que la ley del Estado de origen le atribuya, que no se exigirá ningún otro trámite, ni legalización, ni formalidad análoga, sí cabe la

⁵⁶³ Cabe señalar que debe entenderse como “Tribunal” al órgano judicial o cualquier otra autoridad competente del Estado para abrir el procedimiento de insolvencia, según lo señala el artículo 2 (d) del Reglamento.

⁵⁶⁴ Algunos países han previsto que las resoluciones de apertura de sus tribunales especifiquen claramente la base de su competencia judicial internacional utilizada, es decir, si ésta en base a que el deudor tiene su centro de principal de intereses o su establecimiento en dicho Estado. Así se ha hecho en Francia, en la Circulaire relative à l’entree en vigueur du Règlement N° 1346/2000, del 29 de mayo de 2000, relativo al procedimiento de insolvencia, subraya la importancia de especificar el criterio de competencia utilizado, señalando que de ello depende la naturaleza del procedimiento y los efectos extraterritoriales que se le van a reconocer, CIV 2003.05 D 4/17-03-2003, NOR JUSCo320134C, Bulletin Officiel du Ministère de la Justice, n° 89 (1er janvier – 31 mars 2003). CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz. Op. cit.p. 204.

⁵⁶⁵ Artículo 2: a efectos del presente Reglamento se entenderá por:

(...)

f) “momento de apertura del procedimiento”: el momento a partir del cual la decisión de apertura produce efectos, independientemente de que la decisión sea o no definitiva.

⁵⁶⁶ En el caso Parmalat, la Sentencia del Tribunal de Parma de 19 de febrero de 2004 procedió a la apertura de un procedimiento principal de insolvencia contra la sociedad domiciliada en Irlanda –Eurofood IFSC Ltd.- argumentando que la solicitud de apertura presentada contra la misma en Irlanda no era una resolución definitiva en el sentido del artículo 2 f) del Reglamento. Pero la High Court Dublin consideró que la Resolución del 23 de marzo del 2004 era una resolución de apertura en el sentido del artículo 2 f) del Reglamento y no se podía reconocer los efectos del procedimiento abierto en Italia. CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz. Op. cit., p. 202.

posibilidad de que se le exija una traducción de la resolución.⁵⁶⁷ El alcance que pueda tener esta resolución estará dada por el tipo de procedimiento, sea principal o secundario. En el caso de los procedimientos principales este reconocimiento supone que la declaración de apertura del reconocimiento y los efectos que tiene según la *LEX FORI CONCURSUS* deben reconocerse en todos los países donde estén localizados los bienes o acreedores, ello vale tanto para los efectos materiales como procesales según lo indica el artículo 4.2: el desapoderamiento del deudor, el nombramiento del síndico, la prohibición de realizar ejecuciones individuales, etc. Este reconocimiento estará limitado por la apertura de un procedimiento secundario, ya que no podrá desplegar sus efectos sobre los bienes o relaciones jurídicas que estén bajo la competencia de éste.

Respecto al procedimiento territorial, el reconocimiento de éste sólo significa admitir la validez de la apertura de ese procedimiento local. Tendrá efectos prácticos si el síndico de este procedimiento tiene que solicitar el reintegro de bienes que pertenezcan a la masa pero que han sido trasladados al extranjero tras la apertura del procedimiento.

c) *Poderes del síndico y prueba de su nombramiento.*- El efecto principal del reconocimiento de un proceso abierto en el extranjero es la designación del síndico y los poderes que éste posee. El artículo 18 nos señala que los poderes que le haya conferido el Estado de apertura al síndico de un procedimiento principal se extenderán a los otros Estados (art. 18.1), a diferencia del síndico de un procedimiento secundario donde el ejercicio de dicho poderes es excepcionalmente extraterritorial, puesto que el procedimiento secundario no alcanza los bienes localizados en otros Estados. No obstante, podrá hacer valer vía judicial o extrajudicial en cualquier otro Estado miembro si un bien ha sido trasladado de su territorio luego de abierto el procedimiento de insolvencia (art. 18.2). Este artículo también le establece límites al poder del síndico, quien no podrá actuar en contra de la ley del Estado en cuestión, debe respetar las modalidades de realización de los bienes. Los poderes no incluyen el uso de medios de apremio, ante ello debe pedir la colaboración de las autoridades locales, ni la facultad de pronunciarse sobre litigios o controversias (art. 18.3).

⁵⁶⁷ *Ibíd.* p. 205.

Aunque el reconocimiento es automático y no se requiere un procedimiento previo, ni publicidad, el síndico debe probar su condición de tal según lo señala el artículo 19: “*el nombramiento del síndico se acreditará mediante la presentación de una copia certificada conforme a la original de la decisión por la que se le nombre o por cualquier otro certificado expedido por el tribunal competente*”. A la copia certificada no se le exigirá legalización u otra formalidad análoga pero sí puede exigirse una traducción a la lengua o a una de las lenguas oficiales del Estado miembro.

Nos señala el autor BALZ que el contenido de estos documentos no determina los poderes que corresponden del síndico de acuerdo a la ley del Estado de apertura, por ello se ha señalado que sería deseable que los tribunales de los distintos Estados miembros establezcan en estos documentos los poderes que les corresponden el síndico.⁵⁶⁸

d) *Publicaciones y registros.*- La publicación de la declaración de insolvencia no es una condición para el reconocimiento de la misma, ésta persigue la seguridad del tráfico en los otros Estados donde el deudor tenga bienes o realice actividades económicas, de modo que las otras personas conozcan su situación jurídica real.⁵⁶⁹ El artículo 21 indica que será el síndico quien puede pedir la publicidad de la decisión de declaración de insolvencia y la decisión de su nombramiento en todo Estado miembro de acuerdo a modalidades de publicación internas de dicho Estado.⁵⁷⁰ El Reglamento establece el tipo de información que debe publicarse: el contenido esencial de la decisión de apertura del procedimiento de insolvencia y, en su caso, la decisión de su nombramiento. En ambos casos debe especificarse el síndico designado y la norma de competencia judicial internacional aplicable (art. 21.1). No obstante ésta publicidad facultativa se exige respetar las obligaciones de publicidad impuestas por la ley del Estado donde el deudor disponga de un establecimiento (art. 21.2).

⁵⁶⁸ BALZ, M., “*The European Union Convention on Insolvency Proceedings*”, American Bankruptcy Law Journal 70, 1996, p, 516.

⁵⁶⁹ Informe VIRGÓS/SCHIMIT, Op. cit., p. 492.

⁵⁷⁰ Por ejemplo, para publicar una resolución de apertura de insolvencia en Francia habrá que solicitárselo al greffier del tribunal francés que corresponda, en función de si el procedimiento extranjero se ha basado en el adaptado 1° y 2° del artículo 3, y éste procederá a insertar un anuncio en el BODACC y en un journal d’annonces légales, Circulaire relative à l’entrée en vigueur du Règlement n° 1346/2000 relatif aux procédures d’insolvabilité, op. cit., p. 10. Y en Holanda está previsto que la solicitud se dirija al griffier del Tribunal de la Haya en holandés, inglés, alemán o francés, WESSELS, B., “*Realisation of the EU Insolvency Regulation in Germany, France and The Netherlands*”, European Business Law Review, January 2004, pp, 79.

El Reglamento también establece una norma especial de publicidad registral, ya que los registros públicos cumplen una función de dar seguridad y confianza del tráfico jurídico. El síndico puede solicitar que la decisión de apertura del procedimiento principal se inscriba en el Registro Mercantil o en cualquier otro registro público llevado en los demás Estados miembros. Asimismo, cualquier Estado miembro puede requerir la inscripción obligatoria, en tal sentido el síndico o cualquier otra autoridad habilitada según el Estado miembro donde se abrió el procedimiento debe tomar las medidas necesarias para asegurar dicho registro (art. 22).

Los gastos ocasionados por las medidas de publicación y registro se considerarán gastos del procedimiento (art. 23).

e) *Ejecución a favor del deudor y otras decisiones.*- El artículo 24 está dado para el caso de que algunas personas ejecuten en un Estado miembro una obligación a favor del deudor declarado en insolvencia, cuando debería hacerlo a favor del síndico, si ignoraba la apertura del procedimiento, entonces quedará liberado (art. 24.1). Establece una presunción *IURIS TAMTUM*, se presume que quien haya ejecutado dicha obligación antes de las medidas de publicación previstas por el artículo 21 ignoraba del procedimiento de insolvencia. Si el cumplimiento es posterior a las medidas de publicidad entonces la presunción va en sentido contrario, salvo prueba en contrario (art. 24.2).

El artículo 25.1 distingue entre el *reconocimiento* y *ejecución* : “*El reconocimiento de las resoluciones relativas al desarrollo y conclusión de un procedimiento de insolvencia dictadas por un tribunal cuya resolución deba reconocerse en virtud del artículo 16, y el convenio por dicho tribunal se reconocerán asimismo sin otros procedimientos. (...)*” Regirán aquí las mismas reglas que rigen para la resolución de declaración de apertura, un reconocimiento automático. No obstante, señala que: “*Tales resoluciones se ejecutarán con arreglo a los artículos 31 a 51 con excepción del apartado 2 del artículo 34 del presente Reglamento, del Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil o mercantil modificado por los Convenios de adhesión a dicho Convenio*”. Es preciso recordar que la ejecución de una resolución extranjera implica que el aparato coactivo del Estado en cuestión se ponga en marcha a fin de asegurar su cumplimiento, esto implica que las autoridades del Estado hayan concedido

su consentimiento a través del procedimiento de *exequátur*. Este procedimiento no está regulado en el Reglamento, éste lo remite al Reglamento “Bruselas I” donde las resoluciones se ejecutan conforme a los artículos 31 a 51 del Reglamento relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil del 22 de diciembre de 2000. No obstante, hay una excepción a esta remisión son las causas de denegación del exequátur (art. 34.2 del Reglamento de Bruselas I), estas deben estar establecidas por el propio reglamento de insolvencia (art. 25.3 y 26). Asimismo, este artículo señala en su párrafo segundo:

“Lo dispuesto en el párrafo primero se aplicará asimismo a las resoluciones, incluso las dictadas por otro órgano jurisdiccional, que se deriven directamente del procedimiento de insolvencia y que guarden inmediata relación con éste” y en su inciso 2: *“El reconocimiento y la ejecución de las resoluciones distintas de las contempladas en el apartado 1 se regirán por el Convenio contemplado en el apartado 1, en la medida en que sea aplicable dicho Convenio”*. El Reglamento intenta aquí prevenir lagunas de regulación, ya que como lo señalamos anteriormente, el Reglamento de Bruselas I excluye de su ámbito de aplicación las cuestiones relativas a los procedimientos concursales, de éste modo todas las materias excluidas de ese Convenio queden sometidas al presente Reglamento.⁵⁷¹

Del mismo modo nos señala CAMPUZANO que pueden plantearse problemas relativos al desarrollo y conclusión del procedimiento que deben ser resueltas o aprobadas por los tribunales, cuyo reconocimiento se ocupa este artículo. Aquí se establece un procedimiento de exequátur a seguir para todas las resoluciones, incluida la resolución de apertura si ésta lleva efectos ejecutivos para que puedan ejecutarse en otros Estados miembros.⁵⁷²

f) *Motivos de denegación de reconocimiento.*- El artículo 26 establece que cuando los efectos de una resolución sean claramente contrarios al orden público del Estado requerido, éste puede oponerse a reconocerla. Para evitar interpretaciones extensivas se ha referido

⁵⁷¹ GARCIMARTÍN ALFEREZ, Francisco. En: “El Reglamento de Insolvencia: Una aproximación general”. Consultada el 22.02.2010. <<http://www.uam.es/centros/derecho/privado/dipriv/Reglamento%20insolvencia.htm>>

⁵⁷² CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz. Op. cit., pp. 236-238.

expresamente a los principios fundamentales o a los derechos y libertades individuales garantizados por su Constitución.⁵⁷³

El informe VIRGÓS/SCHMIT nos dice que el orden público puede abarcar a principios fundamentales del Estado requerido tanto de carácter procesal como sustantivo. Por ejemplo en el plano procesal pretende proteger a las partes ante la inobservancia del derecho al debido proceso, sin que ello sea un control general de la regularidad del proceso seguido en el extranjero, sino más bien que cumpla con las garantías procesales esenciales.⁵⁷⁴ Respecto al plano sustantivo, podemos ponernos en el supuesto que una resolución extranjera produjera efectos contrarios a la no discriminación por razón de nacionalidad, si afectara los derechos de propiedad ocultando una confiscación de los bienes del deudor contrario a los principios fundamentales del Estado requerido, o si tuviera como efecto privar al deudor de los bienes necesarios para su vida personal.⁵⁷⁵

En el artículo 25.3 del Reglamento también se señala otro motivo de denegación: *“los Estados miembros no estarán obligados a reconocer ni ejecutar resoluciones de las indicadas en el apartado 1 que tengan por efecto alguna limitación de la libertad personal o del secreto postal”*. Debe tenerse en cuenta también que la cláusula de orden público puede conducir a un rechazo total o parcial de la resolución dictada en otro Estado miembro. En el ámbito del Reglamento se contempla la posibilidad de un reconocimiento parcial.⁵⁷⁶

El Reglamento de Insolvencia Europeo acoge el principio de universalidad moderada, ya que si bien hay un reconocimiento automático del procedimiento principal y, por ende, del hecho generador de la insolvencia, también admite la posibilidad de procedimientos secundarios, quedando así flexibilizado el principio de la universalidad. Esta norma no busca uniformizar el derecho sustantivo de la insolvencia de los Estados parte, sino tener los mismos criterios respecto a la competencia judicial internacional para abrir un

⁵⁷³ Cf. CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZALES, Javier. Derecho Concursal Internacional, Madrid: Editorial COLEX, 2004, p. 150.

⁵⁷⁴ Informe VIRGÓS/ SCHMIT, Op. cit., p. 499.

⁵⁷⁵ Cf. CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz, Op. cit., p.208.

⁵⁷⁶ Informe VIRGÓS/ SCHMIT, Op. cit., p. 500.

procedimiento de insolvencia, establecer normas uniformes sobre la legislación aplicable, desarrollar normas de coordinación de los procedimientos de insolvencia primarios y secundarios, y garantizar el reconocimiento y ejecución de las resoluciones en materia de la insolvencia. Para estos objetivos se han desarrollado normas sustantivas, conflictuales y autolimitativas, como lo observaremos en los siguientes artículos:

“Artículo 4: Legislación aplicable.

- 1. Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la Ley aplicable al procedimiento de insolvencia y a sus efectos será la del Estado miembro en cuyo territorio se abra dicho procedimiento, denominado en lo sucesivo “el Estado de apertura.
(...)”*

Este artículo nos presenta una norma de naturaleza conflictual, redactada de modo bilateral. Nos señala que la norma que va regir el procedimiento de insolvencia y sus efectos será la norma del Estado de apertura del mismo, salvo las excepciones que el mismo Reglamento haya impuesto, entre las cuales encontraremos se desarrollan normas de carácter autolimitativo.

“Artículo 5.- Derechos reales de terceros.

- 1. La apertura del procedimiento de insolvencia no afectará el derecho real de un acreedor o de un tercero sobre los bienes, materiales e inmateriales, muebles o inmuebles –tanto bienes determinados como conjuntos constituidos por colecciones de bienes indefinidos que varían de tanto en tanto- que pertenezcan al deudor y que, en el momento de la apertura del procedimiento, se encuentren en el territorio de otro Estado miembro.
(...)”*

En esta disposición se aprecia una limitación a la LEX FORI CONCURSUS. Es una norma autolimitativa que nos indica que los derechos reales sobre un determinado bien, que se encuentra en el territorio de otro Estado parte al momento en que se abre el procedimiento, no cederán a la aplicación de la LEX FORI CONCURSUS. Los Estados buscan proteger

estos derechos para conceder una seguridad jurídica al propietario sobre los mismos, ya que son de suma importancia para la concesión de créditos.

“Artículo 24.- Ejecución a favor del deudor

- 1. Quien ejecute en un Estado miembro una obligación a favor de un deudor sometido a un procedimiento de insolvencia abierto en otro Estado miembro, cuando debería haberlo hecho a favor del síndico de este procedimiento, quedaría liberado si ignoraba la apertura del procedimiento.
(...)”*

El artículo 24 es una norma interretática que pertenece al método sustantivista, se plantea un supuesto de hecho con una solución directa a una situación concreta. No obstante, con la nueva propuesta de modificación del Reglamento en la que se dispone establecer un registro único para los procedimientos de insolvencia transnacionales, de modo que pueda ser conocido por los otros Estados parte, será más difícil alegar la buena fe de la persona que ejecuta una obligación a favor de un deudor insolvente.

2.3. En la actualidad.-

Luego de la entrada en vigencia del Reglamento se han producido diversos problemas de interpretación del mismo, que han llevado al Tribunal de la Comunidad Europea pronunciarse sobre ellos. Las dificultades se han dado principalmente al desarrollar lo que debe entenderse por “*centro de intereses principales*” para delimitar la competencia judicial internacional en los procedimientos principales de insolvencia, artículo 3.1 del Reglamento; y la noción de “*orden público*” como límite al reconocimiento de un procedimiento extranjero por otro Estado parte, establecido en su artículo 26.

No obstante, a través de las consultas para la interpretación del Reglamento elevadas al Tribunal de Justicia, conocidas como cuestiones prejudiciales, se ha permitido desarrollar

una interpretación en una sola línea; así como se observa en los casos que presentaremos a continuación.⁵⁷⁷

En la *Sentencia del TJCE de 17 de enero de 2006, asunto C-1/04, Susanne Staubitz-Schreiber* el Tribunal se pronunció sobre el carácter mutable del “centro de los principales intereses” en el lapso de tiempo entre la solicitud de la apertura del procedimiento de insolvencia y la resolución que declara la apertura del mismo. Los hechos son los siguientes: La señora *Susanne Staubitz-Schreiber* residía en Alemania donde gestionaba una empresa individual. En el año 2001 solicitó la apertura del procedimiento de insolvencia sobre su patrimonio ante el Tribunal Alemán. Y en el año 2002 se traslada a vivir a España. El Tribunal Alemán resuelve, luego de este acontecimiento, declarando que carecía de competencia judicial internacional para abrir el procedimiento, alegando que el centro principal de los intereses del deudor había pasado a ubicarse en España. La solicitante apeló argumentando que el centro principal de los intereses debe examinarse de acuerdo a la situación existente cuando planteó la solicitud. El Tribunal Alemán planteó ante el Tribunal de Justicia del Consejo Europeo: “*¿Sigue siendo competente para comenzar el procedimiento de insolvencia el tribunal del Estado miembro al que se haya dirigido la solicitud de apertura, cuando el deudor traslade el centro de sus intereses principales a otro Estado miembro después de haber presentado la solicitud, pero antes de la iniciación del procedimiento o, en este caso, la competencia se transfiere al tribunal del otro Estado miembro?*”.

Al respecto el Tribunal señaló lo siguiente: “(...) *el mantenimiento de la competencia del primer órgano jurisdiccional al que se ha dirigido la petición garantiza una mayor seguridad jurídica para los acreedores que han evaluado los riesgos que habrían de asumirse en caso de insolvencia del deudor en función del lugar del centro de los intereses principales de éste en el momento en que establecían una relación jurídica con él*”. Asimismo dijo: “(...) *el legislador comunitario recuerda su intención de evitar que las partes encuentren incentivos para transferir bienes o litigios de un Estado miembro a otro, en busca de una posición jurídica más favorable*”.

⁵⁷⁷ Es importante señalar que en la propuesta de modificación del Reglamento se han recogido muchas de los conceptos desarrollados por el Tribunal en las cuestiones prejudiciales presentadas.

El criterio del Tribunal estableció que las circunstancias determinantes para establecer la competencia judicial internacional deben apreciarse en el momento de la presentación de la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia, no en circunstancias posteriores que la afecten.⁵⁷⁸

En la Sentencia del TJCE de 2 de mayo de 2006, asunto C-341/04, *Eurofood IFSC Ltd.*, el Tribunal se pronuncia sobre varios aspectos, entre los que veremos: 1) la determinación del “centro de los intereses principales del deudor” en relación con los grupos de sociedades; 2) el orden público como motivo para la denegación del reconocimiento en el marco del Reglamento. Respecto al primer punto el Reglamento no contiene una norma especial para ese supuesto por lo que si un tribunal quiere actuar contra un grupo de sociedades debe ser competente respecto a cada una de ellas.⁵⁷⁹ Sin embargo, es difícil encontrar el centro principal de intereses de todas las sociedades parte del grupo en un mismo Estado miembro, por lo que se han plantado diversas posibilidades interpretativas. Tales como: a) considerar a la filial como un establecimiento de la empresa matriz, abriéndose, en consecuencia, un procedimiento secundario; y b) aprovechando la flexibilidad del concepto “centro de los principales intereses” se podría descartar la correspondencia de éste con el domicilio de las filiales, presunción dada por el artículo 3.1, para entender que se encuentra en el lugar donde tiene el domicilio la empresa matriz.⁵⁸⁰

Ambas posibilidades han quedado descartadas debido al pronunciamiento del Tribunal en el caso *Eurofood S.A.* La cuestión prejudicial planteada por la Corte de Irlanda al TJCE fue la siguiente: “*Cuando: a) los domicilios sociales de una matriz y de una filial suya se encuentran en dos Estados miembros diferentes; b) la filial lleva a cabo de manera habitual la administración de sus intereses de modo que pueda ser averiguado por terceros y con plena y regular observancia de su propia identidad social en el Estado miembro en el que se encuentra su domicilio social, y c) la sociedad matriz se encuentra, en virtud de su participación accionarial y de su facultad para nombrar a los administradores en una*

⁵⁷⁸ Cf. CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz, “*La posición del TJCE con respecto a los problemas interpretativos que plantea el Reglamento 1346/2000 en materia de insolvencia*”, Op. cit., p.,87.

⁵⁷⁹ Informe VIRGÓS/SCHMIT. Op. cit.,p, 465.

⁵⁸⁰ Cf. CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz, “*La posición del TJCE (...)*. Op. cit.,p., 90.

*posición de control y controle, de hecho la política de la filial, ¿son factores determinantes, al objeto de determinar el centro principal de intereses, los intereses, los indicados en el adaptado b) supra o, por el contrario, los indicados en el adaptado c) supra?*⁵⁸¹

El Tribunal respondió: *“existe una competencia jurisdiccional propia para cada deudor que constituya una entidad jurídicamente distinta”*. Asimismo, el Tribunal refuerza la presunción a favor del domicilio social, afirmando que sólo cabe descartarse éste cuando: *“existen elementos objetivos que pueden ser comprobados por terceros que permitan establecer que la situación real no coincide con la situación que aparentemente refleja la ubicación del citado domicilio social”*. Y señala un ejemplo de cuando podría considerarse descartada esta presunción: *“este podría ser el caso de una sociedad fantasma que no ejerza ninguna actividad en el territorio del Estado miembro en el que tiene su domicilio social”*⁵⁸²

De este modo el TJCE descarta la posibilidad de tratar a grupo empresarial de modo conjunto, en consecuencia no podrá considerarse la filial como un establecimiento de la empresa matriz, debiendo cada una ser tratada como una unidad jurídicamente independiente. Asimismo, la presunción establecida por el Reglamento respecto a determinar el domicilio social como centro de los intereses del deudor hace difícil argumentar a contrario, ya que el Tribunal ha establecido que se requieren elementos objetivos reconocibles por terceros para admitir que el centro se encuentra en un Estado miembro distinto al de su domicilio social, descartando el carácter flexible del centro de los principales intereses del deudor. Dicha presunción como ya lo han mencionado los autores VIRGÓS Y GARCIMANTÍN pretende dar seguridad y previsibilidad jurídica en la aplicación del Reglamento, el que gira en torno a determinar la competencia judicial internacional.

El orden público internacional es un concepto que está en constante cambio y transformación, ya que varía de acuerdo a lo que una sociedad considera fundamental en un determinado tiempo. Además es relativo pues difiere dependiendo de cada Estado, ya que

⁵⁸¹ *Ibíd.*

⁵⁸² *Ídem.*, p. 91.

cada uno de ellos tiene instituciones fundamentales relacionadas con sus principios, costumbres o intereses jurídicos, morales o sociales que son tan importantes que no pueden ser contravenidos por la aplicación de una norma extranjera sin afectar gravemente los pilares que cimentan tal Estado⁵⁸³. Solo es posible encontrar cierta uniformidad en este concepto cuando hablamos de normas de *IUS CONGENS*. No obstante, el Reglamento en su artículo 26 trata de delimitar lo que los Estados deben considerar cuestiones de orden público internacional: disposiciones que vayan en contra de “*sus principios fundamentales o los derechos y libertades individuales garantizadas por su Constitución*”.

En el caso Eurofood S.A. el Tribunal de Irlanda planteó una cuestión prejudicial al TJCE manifestando: “*Cuando resulte manifiestamente contraria al orden público de un Estado miembro permitir que una resolución judicial o administrativa surta efectos jurídicos en relación con personas u organismos cuyo derecho a un procedimiento justo y a ser debidamente oídos no haya sido respetados al adoptar la resolución de que se trate, ¿está obligado un Estado miembro, en virtud del artículo 17 de dicho Reglamento, a otorgar reconocimiento a una resolución de los tribunales de otro Estado miembro destinada a iniciar un procedimiento de insolvencia de una sociedad, en una situación en la que el tribunal del primer Estado miembro considera que la resolución de que se trata ha sido adoptada sin tener en cuenta dichos principios (...)*”.⁵⁸⁴

El Tribunal hace recordar el caso *Krombach* donde señaló: “*Sólo cabe aplicar la citada cláusula en caso de que el reconocimiento y la ejecución de la resolución dictada en otro Estado contratante choque de manera inaceptable con el ordenamiento jurídico del Estado requerido, por menoscabar un principio fundamental. El menoscabo cabe constituir una violación manifiesta de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico del Estado requerido o de un derecho reconocido como fundamental en este ordenamiento*”. Asimismo, señala: “el Tribunal de justicia ha reconocido expresamente el principio general del Derecho comunitario según el cual toda persona tiene derecho a un juicio justo, principio que se inspira en los derechos fundamentales que forman parte de los

⁵⁸³ Cf. GUZMÁN LATORRE. “*Tratado de Derecho Internacional Privado*”. Santiago de Chile: Jurídica de Chile. 1989.p. 364

⁵⁸⁴ Ídem., p. 101.

principios generales del Derecho, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia inspirándose en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembro (...).⁵⁸⁵

En el mismo sentido VIRGÓS/SCHMIT afirmaron que el orden público puede abarcar a principios fundamentales del Estado requerido, tanto de carácter procesal como de carácter material. En el plano procesal, puede proteger a los participantes o a los afectados por el procedimiento frente a las faltas de observancia del derecho a un debido proceso, sin que ello implique un control general de la regularidad del procedimiento seguido en el extranjero, sino solo de las garantías esenciales, como el principio de audiencia debida y el derecho de participación en el procedimiento.⁵⁸⁶

Según lo desarrollado por Tribunal el derecho al debido proceso implica el derecho de la persona afectada por el procedimiento en cuestión a ser oído, debe considerarse como parte del orden público por tratarse de un principio fundamental de carácter procesal.

Por otro lado, se ha seguido trabajando en los problemas sobre la insolvencia, con la entrada en vigencia del Reglamento se observó que debido a la diversidad de legislaciones ha sido difícil implementarlo sin que ello traiga importantes cambios en las legislaciones internas. Un grupo denominado *International Working Group on European Insolvency Law* ha analizado los elementos comunes en las leyes de insolvencia de los Estados miembro de la Unión Europea y los ha plasmado en un documento que ha denominado “*Principles of European Insolvency law*” que fue presentado en Bruselas en Junio de 2003.⁵⁸⁷ Este grupo desarrolló 14 principios que tratan los siguientes temas: procedimientos de insolvencia, instituciones y participantes, efectos de la apertura del procedimiento, administración de los activos, obligaciones generadas por el administrador, tratamiento de los contratos, posición de los empleados, revocación de los actos judiciales, derechos de seguro y compensación, sumisión y admisión de reclamos de insolvencia, reorganización, liquidación, cierre de procedimiento, desapoderamiento del deudor.⁵⁸⁸

⁵⁸⁵ Ídem., p. 102.

⁵⁸⁶ Informe VIRGÓS/SCHMIT. Op. cit., p. 499.

⁵⁸⁷ Cf. WESSELS, Bob, “Current Developments towards International Insolvencies in Europe”, En: *International Insolvency Review*, 2004, 13, pp. 46-47.

⁵⁸⁸ Cf. *Ibíd.*

Luego de diez años en vigor, debemos decir que el Reglamento de Insolvencia Europeo es realmente uno de los mejores cuerpos normativos para afrontar los procedimientos de insolvencia internacional, no obstante, el contexto de crisis actual plantea nuevos retos y nuevas situaciones que deben ser contempladas en éste; además que su aplicación ha presentado problemas de interpretación respecto a algunos de sus artículos y términos utilizados en los mismos; en consecuencia, se ha convocado a una consulta pública para mejorar sus disposiciones.

El profesor WESSELS ha propuesto algunos aspectos a considerar para la revisión del Reglamento Europeo de Insolvencia. Señaló que se había dispuesto abrir procedimientos de infracción contra los Estados miembros cuyas leyes de insolvencia no cumplan con las disposiciones del Reglamento, como informar de los procedimientos de insolvencia y liquidación, a consecuencia de los cambios en su ley material, para modificar los anexos del Reglamento, pero a la fecha no se ha abierto ninguno. Pese a que se observa estos cambios todo el tiempo dentro de los Estados miembros, y constantes modificaciones en los anexos; sin embargo, solo se tiene conocimiento de los que son aceptados por la Comisión, sin posibilidad de conocer los que son rechazados. Las enmiendas sobre los nuevos procedimientos se presentan 6 ó 12 meses después de que han entrado en vigor en el ordenamiento nacional, dejando un vacío en el periodo mencionado. Asimismo, cabe preguntar si un nuevo procedimiento nacional tiene, en efecto, las características de ser “un procedimiento colectivo de insolvencia”, en los términos que lo requiere el artículo 1 inciso 1. No obstante, es verdad que no hay una norma global para interpretar los cuatro criterios que se han dado para delimitar la definición de procedimientos colectivos de insolvencia.⁵⁸⁹

Por otro lado, es necesario recordar que el resultado final del Reglamento se alcanzó a mediados de los 90, cuando los Estados empezaban a incorporar procedimientos de reorganización, por ello, el Reglamento está más enfocado en la liquidación. Asimismo, las reglas para personas naturales eran especiales y la insolvencia de los consumidores no estaba en mente hace dos décadas. Además, el Reglamento es aplicable hoy a 12 Estados

⁵⁸⁹ Cf. WESSELS, Bob. The Future of the European Insolvency Regulation: what type of facelift? Consultado el 20.10.2012.< <http://www.eir-reform.eu/uploads/papers/PAPER%205-1.pdf> >

miembros que no tuvieron participación en su discusión para aprobarlo, y que podrían dar aportes significativos para el mismo.⁵⁹⁰

A pesar de que los métodos de interpretación del Reglamento están aún siendo desarrollados, los tradicionales modos de interpretar sus disposiciones no son publicados en una fuente central que sería de más fácil acceso. En consecuencia, en la práctica diaria no hay oportunidad de una opinión compartida de ciertos temas.⁵⁹¹

Respecto a los problemas de jurisdicción internacional, estos son, la descripción que el Reglamento hace sobre el centro de los intereses principales del deudor no es suficiente para abarcar a todos los tipos de deudores; y la información que recibe la Corte sobre dicho centro de intereses principales, no hay garantía de que sea completa. ¿Qué prueba debe considerarse como suficiente para que deje de operarse la presunción de que el deudor tiene su centro principal de intereses en el lugar donde fue registrado? Los Tribunales aún siguen diferentes criterios sobre ello y los deudores continúan moviendo el centro de sus principales intereses para manipular la jurisdicción competente (*fórum shopping*).⁵⁹²

Asimismo, en el panorama del conflicto de leyes los artículos 5-15 dan un mínimo de armonización de impredecible valor, sin embargo, ello es socavado por la creciente incertidumbre respecto a muchos términos centrales y ambiguos los cuales son resultado de fórmulas no claras. El conflicto de leyes refleja la política elegida de la mayoría de los Estados miembros en un momento determinado, sin embargo, esta realidad puede haber cambiado en los últimos años.⁵⁹³

El resultado de dicha consulta dio como fruto una propuesta de modificación del Reglamento Europeo de Insolvencia, que se centró principalmente en cinco deficiencias encontradas: 1. No contempla los *procedimientos de preinsolvencia*, ni los procedimientos que mantienen a la dirección existente "*procedimientos híbridos*"; 2. Se han presentado dificultades para determinar el Estado miembro competente para abrir un procedimiento de

⁵⁹⁰ Cf. *Ibíd.*

⁵⁹¹ Cf. *Ibíd.*

⁵⁹² Cf. *Ibíd.*

⁵⁹³ Cf. *Ibíd.*

insolvencia, puesto que existen problemas para determinar el “centro de los intereses principales del deudor” y a veces se ha realizado un desplazamiento fraudulento del mismo; 3. La apertura de un procedimiento secundario puede obstaculizar la eficiente administración del patrimonio y que estos sean procedimientos liquidatorios son un óbice para la reestructuración; 4. No hay una norma que exija la publicidad de los procedimientos de insolvencia en un registro, ni existe un registro integrado que permita dar conocimiento a todos los Estados miembros de los procedimientos abiertos; 5. No hay normas específicas para el tratamiento de los grupos empresariales.⁵⁹⁴

La propuesta de reforma del Reglamento sobre procedimientos de insolvencia puede resumirse en los siguientes puntos⁵⁹⁵:

- **Ámbito de aplicación:** la propuesta amplía la definición actual de los procedimientos de insolvencia con la finalidad de incluir los procedimientos híbridos (donde el deudor no ha sido desapoderado), las situaciones de preinsolvencia, procedimientos de condonación de deuda y otros procedimientos de insolvencia aplicables a las personas físicas. Además, se propone incorporar una referencia expresa a la reestructuración de la deuda y al objetivo del rescate.

No se deben incluir los procedimientos de insolvencia que tengan carácter confidencial. Estos son los procedimientos nacionales de preinsolvencia en los que el deudor a través de negociaciones con (determinados) acreedores busca llegar a un acuerdo sobre su refinanciación o reestructuración sin que esta información se haga pública. También se introduce un procedimiento para que la Comisión examine si un procedimiento nacional de insolvencia cumple realmente con las condiciones de la definición revisada.

- **Competencia jurisdiccional:** se mantiene el concepto de centro de intereses principales, ya que éste garantiza que el procedimiento se siga en una jurisdicción con la que el deudor tenga un vínculo real. En la propuesta se ha contemplado una definición de este

⁵⁹⁴ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) N° 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia, pp. 2-3. Consultado el 8.04.2013. <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:160:0052:0064:ES:PDF>>

⁵⁹⁵ Cf. Ídem., pp. 4-10.

término e introduce también una disposición que determina el centro de los principales intereses de las personas físicas. Además, que aclara las circunstancias en que puede desvirtuarse la presunción de que el centro de los intereses principales de una persona sea su sede social.⁵⁹⁶

Se exige a los tribunales que examinen su competencia antes de abrir un procedimiento de insolvencia y que expongan los motivos en que basan dicha competencia. También se concede a los acreedores extranjeros el derecho de impugnar la decisión de apertura, y les garantiza información sobre las decisiones.

Finalmente, la propuesta aclara que los tribunales que abran un procedimiento de insolvencia también serán competentes en las acciones que se deriven directamente de dicho procedimiento o guarden inmediata relación con él, como las acciones revocatorias.⁵⁹⁷

- Procedimientos secundarios de insolvencia: se propone que el tribunal que reciba una solicitud de apertura de un procedimiento secundario deberá estar en condiciones, si así lo solicita el síndico del procedimiento principal, de denegar o aplazar la decisión si dicha apertura no fuese necesaria para proteger los intereses de los acreedores locales. Por ejemplo, en el caso de procedimientos principales abiertos en Reino Unido, se ha dado la facultad al síndico de distribuir parte de los activos de acuerdo a la legislación del Estado miembro donde el deudor tiene un establecimiento. No obstante, esta

⁵⁹⁶ El Tribunal consideró en la Sentencia de 20 de octubre de 2011, Asunto C-396/09, *Interedil*, que a efectos de determinar el centro de los principales intereses de una sociedad deudora: "... debe determinarse dando preferencia al lugar de la administración central de dicha sociedad, como puede demostrarse por los datos objetivos y que pueden comprobarse por terceros. En el supuesto de que los órganos de dirección y control de una sociedad se encuentran en el lugar de su domicilio social y que las decisiones de gestión de esa sociedad se adopten, de forma que pueda comprobarse por terceros, en dicho lugar, no puede desvirtuarse la presunción establecida en el citado precepto. En el supuesto de que el lugar de administración central de una sociedad no se encuentre en su domicilio social, ni la presencia de los activos sociales ni la existencia de contratos referentes a su explotación financiera en un Estado miembro distinto de aquel del domicilio social de la sociedad pueden ser considerados datos suficientes para desvirtuar esa presunción, salvo a condición de que una consideración del conjunto de los datos relevantes permita demostrar que, de forma que pueda comprobarse por terceros, el centro efectivo de dirección y control de dicha sociedad, así como de administración de sus intereses, se encuentra en el otro Estado miembro."

⁵⁹⁷ Como lo expresa el Tribunal en la Sentencia *Deco Marty* de 12 de febrero de 2009: "El artículo 3, apartado 1, del Reglamento (CE) n° 1346/2000 (...) debe interpretarse en el sentido de que los órganos jurisdiccionales del Estado Miembro en cuyo territorio se ha abierto el procedimiento de insolvencia tienen competencia para conocer de una acción revocatoria por insolvencia dirigida contra un demandado cuyo domicilio social se encuentra en otro Estado miembro".

modificación no limita al síndico de solicitar la apertura de un procedimiento secundario cuando ello resulte más conveniente para facilitar la administración de asuntos complejos; por ejemplo, despedir a un número considerable de empleados donde está situado el establecimiento.

Esta propuesta obliga al tribunal donde se presente la solicitud de apertura de un procedimiento secundario a oír al síndico del procedimiento principal antes de tomar una decisión. Además, se suprime el requisito de que el procedimiento secundario deba ser de un procedimiento liquidatorio.

Asimismo, se observa una mejora respecto a la coordinación entre los procedimientos al ampliar la obligación de cooperar, que actualmente solo se aplica a los síndicos, a los tribunales que intervienen en los procesos principales o secundarios.

- **Publicidad de los procedimientos de insolvencia y presentación de créditos:** Se establece la obligación de publicar un mínimo de información sobre los procedimientos de insolvencia en un registro electrónico accesible al público de forma gratuita a través de internet. La interconexión de los registros nacionales garantizará que el tribunal que deba pronunciarse sobre una solicitud de abrir un procedimiento de insolvencia podrá determinar si ya han sido abiertos otros procedimientos referentes al mismo deudor en otro Estado miembro; también los acreedores podrán conocer la existencia de un procedimiento referente al mismo deudor y, si es así, las facultades que se hayan conferido al síndico. Finalmente, se facilita la presentación de créditos por parte de los acreedores extranjeros: a) se prevé formularios normalizados para enviar un anuncio de apertura a los acreedores y otro para que estos presenten su crédito; b) los acreedores extranjeros cuentan al menos con 45 días, a partir de la fecha de publicación del anuncio de apertura del procedimiento en el registro de insolvencia; y c) de impugnarse su solicitud se les dará la posibilidad de presentar nuevas pruebas en apoyo a sus alegaciones.
- **Insolvencia de los miembros de un grupo de empresas:** la propuesta mantiene el enfoque individual (entidad por entidad) del Reglamento vigente, no obstante,

establece un marco jurídico específico para tratar la insolvencia de los miembros de un grupo de empresa. Obliga a los síndicos y tribunales de los procedimientos de insolvencia de los distintos miembros del grupo de empresas a cooperar entre sí de modo similar a lo que sucede en un procedimiento principal y secundario. Esta propuesta otorga a cada síndico legitimación procesal en los procedimientos referentes a otro miembro del mismo grupo. Éste tendrá derecho a ser oído en los otros procedimientos, a solicitar la suspensión de los mismos y a proponer un plan de reestructuración, entre otros.

Cabe señalar que no se pretende impedir la práctica actual respecto a los grupos de empresa con un alto nivel de integración, consistente en determinar que el centro de los principales intereses de todos los miembros del grupo está ubicado en un mismo y único lugar, en consecuencia, se abre el procedimiento en una única jurisdicción.

Al respecto, en la propuesta de modificación se ha tomado algunas de las recomendaciones que el profesor WESSELS propone, tales como, ampliar el concepto de los procedimientos de insolvencia que contempla el Reglamento; cambiar el enfoque liquidativo de los procedimientos para ayudar a sobrevivir a las empresas viables; definir mejor el concepto de centro de los principales intereses de modo que abarque a todo tipo de deudores a quienes se le aplica el reglamento, cuándo puede quedar sin efecto la presunción de dicho centro y qué criterios tomar en cuenta para identificar donde se encuentra éste. Respecto al conflicto de leyes, aunque no se encuentra en la propuesta alguna modificación, se observa en el documento “*Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo*” que se ha estudiado una serie de ámbitos dentro del concurso en los que las legislaciones nacionales causan mayor inseguridad jurídica y se ha señalado que una aproximación entre dichas normas sería beneficiosa. A pesar de que la propuesta de modificación del Reglamento de Insolvencia vuelve a marcar un gran paso en el camino hacia la armonización del tratamiento de los procedimientos de insolvencia transnacionales en los Estados miembro, aún han quedado en agenda muchos puntos que requieren de un mayor análisis y estudio más profundo de los mismos.

Para concluir debemos señalar que ambos instrumentos constituyen los modelos más avanzados que se han desarrollado hasta la actualidad para regular la insolvencia transfronteriza. La Ley Modelo ha sido desarrollada tomando como base muchos instrumentos de armonización -entiéndase tratados y principios- de la insolvencia transfronteriza, pero el principal modelo para ésta ha sido el proyecto del Reglamento de insolvencia europeo, no obstante, ambos cuerpos normativos tienen diferencias como las que observaremos en las siguientes líneas.

La Ley Modelo es un instrumento para facilitar el reconocimiento de procedimientos de insolvencia extranjero, lograr la cooperación y administración eficiente de los procedimientos de insolvencia y brindar mejores mecanismos de cooperación y comunicación entre los tribunales de los Estados parte de un procedimiento de insolvencia transnacional. El Reglamento, por su parte, busca armonizar los criterios de atribución de competencia judicial internacional de los tribunales de los Estados miembro. Además la norma tiene una gran fortaleza que radica en el principio de confianza y colaboración mutua de los Estados miembro, logrando así alcanzar el reconocimiento automático de los procedimientos de insolvencia, la colaboración en la administración del procedimiento y cooperación entre los tribunales de los Estados parte.

Por otro lado, la Ley Modelo no da normas de competencia judicial internacional para los Estados que la incorporan a su ordenamiento, sin embargo, se puede decir que sigue los mismos criterios que el Reglamento de insolvencia europeo ya que señala que se debe reconocer como procedimiento extranjero principal a aquel donde el deudor tenga su *centro de intereses principales*⁵⁹⁸ y como procedimiento extranjero secundario a aquel donde el deudor tenga su *establecimiento*; asimismo, respecto a la competencia legislativa, la Ley Modelo no la regula, no desarrolla una disposición para determinar la LEX FORI CONCURSUS aplicable al procedimiento. En cambio, el Reglamento de insolvencia europeo, sí señala los criterios de atribución de competencia, estos son, para el procedimiento de insolvencia principal será competente para abrir el procedimiento el juez

⁵⁹⁸ Cabe señalar que en las sesiones de la CNUDMI posteriores a la creación de la Ley Modelo, se ha tratado de definir el concepto de “centro de los principales intereses del deudor”, llegando a un consenso en el 2012, como ya lo hemos observado.

donde se encuentre el centro principal de sus intereses y respecto al procedimiento de insolvencia secundario, se le otorga la competencia al juez del establecimiento del deudor. Asimismo, señala la norma conflictual respecto a la ley aplicable para regir el concurso, esta es, la “*LEX FORI CONCURSUS*”: “la ley del Estado que declaró la apertura del procedimiento”; y delimita las materias que ésta gobierna, estableciendo excepcionales que deben regirse por otras normas.

Finalmente, la Ley Modelo señala los efectos del reconocimiento de la sentencia declaratoria de insolvencia, según sea el caso, un procedimiento extranjero principal o un procedimiento extranjero secundario, evitando así el efecto de extensión de la ley del Estado de apertura del procedimiento de insolvencia que se está reconociendo. A diferencia de ésta, el Reglamento de insolvencia europeo señala que los efectos del reconocimiento de la sentencia declaratoria de insolvencia de un procedimiento principal se regirán por la ley del Estado de apertura del procedimiento, dando efectos extensivos a dicha norma.

3. IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY MODELO DE LA CNUDMI EN LAS LEGISLACIONES INTERNAS DE COLOMBIA Y LOS ESTADOS UNIDOS.

Los países que hemos considerado para este análisis pertenecen al sistema del *CIVIL LAW*, Colombia, y al sistema del *COMMON LAW*, Estados Unidos. Cabe señalar que el Derecho concursal en ambos sistemas guarda algunas divergencias.

En el sistema del *CIVIL LAW* hay una concepción orientada a los acreedores; en cambio, en el *COMMON LAW* hay una concepción orientada hacia el deudor, busca la liberación del deudor de todas sus deudas y su paradigma se halla en la institución anglosajona de la *discharge*⁵⁹⁹. Se pone en evidencia en este sistema que *la intensión política del legislador*

⁵⁹⁹ Cabe señalar que la *DISCHARGE* no deber ser vista como una institución que solo procura crear una situación a favor del deudor, ésta tiene además otro propósito que es *maximizar el activo* con el que deben ser satisfechos los acreedores de modo que no se llegue a la quiebra habiendo desaparecido la mayor parte del patrimonio. Cif. SHEPARD, Lawrence, Personal failures and the Bankruptcy reform of 1978; J.L. icom, (27), 1984, pp. 419-437.

*es evitar por cualquier medio que la solución concursal se convierta precisamente en la eliminación definitiva del mercado del comerciante fallido.*⁶⁰⁰

El ordenamiento colombiano guarda algunas similitudes con nuestro Derecho concursal, además de pertenecer a mismo sistema jurídico, CIVIL LAW, por ello nos parece adecuado observar el proceso de implementación de la Ley Modelo a su ordenamiento interno.

Respecto al ordenamiento estadounidense debemos señalar que nuestros países guardan fuertes lazos comerciales que se han consolidado aún más con el Tratado de Libre Comercio firmado en el 2006 y en vigor desde el 2009.⁶⁰¹ En consecuencia, consideramos importante analizar la implementación de la Ley Modelo a su ordenamiento ante la posibilidad de vernos inmersos en un proceso de insolvencia internacional que involucren acreedores o bienes en este país.

A continuación observaremos la implementación de la Ley Modelo en Insolvencia Transfronteriza de la CNUDMI en las legislaciones de Colombia y Estados Unidos.

3.1. La Ley Modelo CNUDMI en el ordenamiento Colombiano.-

En el ordenamiento colombiano el fenómeno de la insolvencia internacional carecía de una regulación adecuada hasta que entró en vigencia la Ley 1116 de 2006, que le da un verdadero cambio al tratamiento del concurso tanto en el plano interno, como en el plano internacional.

3.1.1. Antecedentes.-

Anterior a la ley 1116 de 2006 en el ordenamiento colombiano se encontraban las siguientes normas: el Tratado de Montevideo de 1989 que establecía el principio de universalidad cuando el deudor tenía un solo domicilio, y como excepción múltiples

⁶⁰⁰ Cf. DASSO, Ariel Ángel. Derecho Concursal (...). Op. cit. p. 615.

⁶⁰¹ Los Estados Unidos se encuentra en el segundo lugar con el 13.29% de las inversiones, si estas son analizadas por el país de origen de la casa matriz. Consultada el 20.03.2013. <<http://www.proinversion.gob.pe/0/0/modulos/JER/PlantillaStandardsinHijos.aspx?JER=1537>>

procesos si el deudor tenía más de un domicilio; la ley 222 de 1995, normas más avanzada que la anterior pero olvidó tratar el tema de la insolvencia transfronteriza, sólo contempla un artículo en el que le otorga a los acreedores no domiciliados en el país 10 días más para hacerse parte que los acreedores nacionales⁶⁰²; la Resolución N° 2201 de 1997 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, dispuso que todo documento otorgado en el extranjero para que tenga plenos efectos en Colombia necesitaba de una legalización por parte del Ministerio de Relaciones exteriores y autenticación del cónsul de Colombia en el país de origen del documento; la Convención de La Haya de 1961 sobre abolición del requisito de legalización para documentos públicos extranjeros, ratificada mediante Ley 455 de 1998, y el Decreto 106 de 2001; y la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias, adoptada en Panamá en 1975 en la Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado, y el protocolo adicional a dicha convención, hecho en 1979 en Montevideo, que fueron ratificadas por Colombia mediante la Ley 27 de 1998, que entró en vigencia en 1995, y que fueron promulgados mediante Decreto 652 de 2000.⁶⁰³

Las referidas normas no eran suficientes para tratar la insolvencia transfronteriza, ya sea por su antigüedad, habían dejado de lado supuestos actuales, o algunas simplemente no abordaban el tema. Por otro lado, los mecanismos de cooperación y coordinación eran muy lentos para las necesidades de un procedimiento de insolvencia, el cual es una carrera contra el tiempo porque los activos se van depreciando, o por el peligro de sustracción de los mismos por las partes del proceso.

Antes de abordar el estudio de la Ley 1116 de 2006 en su capítulo referido a la insolvencia transfronteriza, es necesario desarrollar algunas particularidades del actual sistema concursal colombiano. En primer lugar, debemos señalar que el modelo del sistema concursal colombiano tiene una particularidad, se otorga funciones jurisdiccionales a una entidad administrativa que busca contribuir a descongestionar los despachos judiciales. La Ley 1116, art. 6 señala: “*Conocerá del proceso de insolvencia, como jueces del concurso:*

⁶⁰² Cf. SOTOMONTE MUJICA, David. “Colombia frente a la insolvencia transfronteriza: El reconocimiento de una nueva realidad”. En: *Revista de Derecho Comparado*. N°14. Editorial: Rubinzal-Culzoni Editores, pp. 107-108.

⁶⁰³ Cf. WILCHEZ DURÁN, Rafael. Op. cit. p. 174.

la Superintendencia de Sociedades⁶⁰⁴, en uso de las facultades jurisdiccionales, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3 del art. 116 de la Constitución Política, en el caso de todas las sociedades, empresas unipersonales y sucursales de sociedades extranjeras y, a prevención tratándose de deudores personas naturales comerciantes”. En tanto que “el juez civil del Circuito del domicilio principal del deudor (intervendrá), en los demás casos no excluidos del proceso”.⁶⁰⁵ Este sistema utilizado por el ordenamiento Colombiano no es usual pero “obedece también a condiciones específicas de excepción cuyo tratamiento debe ser asimismo excepcional”.⁶⁰⁶

En segundo lugar, tiene como presupuesto objetivo la *cesación de pagos* para acceder al sistema concursal, definido como el estado en el que se encuentra el deudor cuando incumple el pago de dos o más obligaciones, a favor de dos o más acreedores, contraídas en el desarrollo de su actividad, o tenga por lo menos dos demandas de ejecución presentadas por dos o más acreedores para el pago de sus obligaciones todo ello, con una cierta permanencia que será evaluada por el sistema en 90 días.⁶⁰⁷ Otro presupuesto objetivo de este sistema es la “*incapacidad de pago inminente*” que no necesita llegar al extremo de la insolvencia o cesación de pagos, se anticipa a la situación de crisis de la empresa.⁶⁰⁸ Respecto al presupuesto subjetivo, la ley exige al deudor se encuentre habilitado para solicitar el procedimiento de reorganización, tales como, estar al día con el cumplimiento de las obligaciones previsionales y retenciones laborales (art. 10.3)^{609, 610} Asimismo, la norma tiene una disposición novedosa en relación al tratamiento de los grupos económicos en crisis, ya que se dispone la posibilidad de iniciar un proceso de reorganización en forma simultánea a varios de los deudores vinculados entre sí. No se requerirá que la situación de control haya sido declarada o inscrita previamente en el registro mercantil.⁶¹¹

⁶⁰⁴ La Superintendencia de Sociedades puede requerir la apertura de oficio y también tiene funciones de conciliación.

⁶⁰⁵ DASSO, Ariel Ángel. Op. cit. pp. 406-407.

⁶⁰⁶ *Ibíd.*

⁶⁰⁷ Cf. DASSO, Ariel Ángel. Op. cit. p. 408.

⁶⁰⁸ Este presupuesto puede equivaler en nuestro sistema al Procedimiento concursal preventivo, que también busca anticiparse a la etapa de crisis del deudor.

⁶⁰⁹ La norma concursal peruana no exige estos requisitos, pero tiene algunas disposiciones que impiden que el deudor acceda al procedimiento de reorganización cuando la empresa no tiene posibilidades de mantenerse en el mercado.

⁶¹⁰ Cf. *Ídem.*, p. 409.

⁶¹¹ **Artículo 12.-** *Matrices, controlantes, vinculados y sucursales de sociedades extranjeras en Colombia.*

Finalmente, la norma dispone el foro de atracción de todos los procesos judiciales o administrativos de ejecución y procesos de restitución de tenencia en curso al momento de la presentación, ordenando la remisión de los mismos al juez concursal, prohibiendo la promoción de nuevos procesos de causa o título anterior a la presentación.⁶¹²

3.1.2. Ley 1116 de 2006.-

Esta norma incorporó la Ley Modelo CNUDMI al ordenamiento colombiano, fue promulgada el 27 de diciembre de 2006 y trajo grandes cambios no sólo en los trámites y procesos concursales internos, sino también para el tratamiento de la insolvencia transfronteriza; convirtiéndose así en uno de los avances más importante del Derecho Concursal en el ordenamiento colombiano.⁶¹³

Una solicitud de inicio del proceso de reorganización podrá referirse simultáneamente a varios deudores vinculados entre sí por su carácter de matrices, controlantes o subordinados, o cuyos capitales estén integrados mayoritariamente por las mismas personas jurídicas o naturales, sea que estas obren directamente o por conducto de otras personas, o de patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales que no tengan como efecto la personificación jurídica. Para tales efectos, no se requerirá que la situación de control haya sido declarada o inscrita previamente en el registro mercantil.

El inicio de los procesos deberá ser solicitado ante la Superintendencia de Sociedades de existir deudores sujetos a su competencia, que tengan un vínculo de subordinación o control, quien será la competente para conocer de los procesos de todos los deudores vinculados, sin perjuicio de la posibilidad de celebrar acuerdos de reorganización independientes.

El reconocimiento del proceso extranjero de insolvencia de la matriz o controlante de la sucursal extranjera establecida en Colombia, en la forma prevista en esta ley, dará lugar al inicio del proceso de re-organización de la sucursal.

⁶¹² **Artículo 20.-** *Nuevos procesos de ejecución y procesos de ejecución en curso.*

A partir de la fecha de inicio del proceso de reorganización no podrá admitirse ni continuarse demanda de ejecución o cualquier otro proceso de cobro en contra del deudor. Así, los procesos de ejecución o cobro que hayan comenzado antes del inicio del proceso de reorganización, deberán remitirse para ser incorporados al trámite y considerar el crédito y las excepciones de mérito pendientes de decisión, las cuales serán tramitadas como objeciones, para efectos de calificación y graduación y las medidas cautelares quedarán a disposición del juez del concurso, según sea el caso, quien determinará si la medida sigue vigente o si debe levantarse, según convenga a los objetivos del proceso, atendiendo la recomendación del promotor y teniendo en cuenta su urgencia, conveniencia y necesidad operacional, debidamente motivada. (...)

Artículo 22.- *Procesos de restitución de bienes operacionales arrendados y contratos de leasing.*

A partir de la apertura del proceso de reorganización no podrán iniciarse o continuarse procesos de restitución de tenencia sobre bienes muebles o inmuebles con los que el deudor desarrolle su objeto social, siempre que la causal invocada fuere la mora en el pago de cánones, precios, rentas o cualquier otra contraprestación correspondiente a contratos de arrendamiento o de leasing.

El incumplimiento en el pago de los cánones causados con posterioridad al inicio del proceso podrá dar lugar a la terminación de los contratos y facultará al acreedor para iniciar procesos ejecutivos y de restitución, procesos estos en los cuales no puede oponerse como excepción el hecho de estar tramitándose el proceso de reorganización.

⁶¹³ Cf. SOTOMONTE MUJICA, David. “Colombia frente ... Op. cit, p. 108.

A diferencia de las normas anteriores en la materia podemos distinguir que la actual norma solo toma tres principios de los cuatro generalmente aceptados, estos son, la universalidad subjetiva, la universalidad objetiva y la igualdad, dejando de lado el principio de la oficiosidad. Además, agregó otros principios tales como: la eficiencia, la información, la negociabilidad, la reciprocidad y la gobernabilidad. Para el profesor SOTOMONTE estos nuevos “principios” del derecho concursal no deberían ser considerados como tales, ya que son simples cargas, deberes y/o lineamientos para las partes y el juez, mientras que la reciprocidad es requerimiento y principio de rango constitucional.⁶¹⁴

La ley 1116 de 2006 en su Título III regula lo relativo a la insolvencia transfronteriza está compuesta por treinta y dos artículos y dividida por cinco capítulos al igual que la Ley Modelo de la CNUDMI: 1. Disposiciones Generales (arts. 85 a 93), 2. Acceso de los Representantes y Acreedores Extranjeros ante las Autoridades Colombianas (art. 94 a 99), 3. Reconocimiento de un Proceso Extranjero y Medidas Otorgables (arts. 100 a 109), y 5. Procesos Paralelos (arts. 113 a 116).⁶¹⁵ La ley colombiana acogió la Ley Modelo casi en su integridad, con algunas modificaciones.

A) Finalidad.-

La norma colombiana en su artículo 85 recoge el preámbulo de la Ley Modelo, concordando con casi todas las finalidades que señala, solo deja de lado el literal 5°: *“facilitar la reorganización de las empresas en dificultades financieras, a fin de proteger el capital invertido y preservar el empleo”*. Para el profesor SOTOMONTE⁶¹⁶ esta omisión se debe a que el proyecto presentado inicialmente era proteccionista del crédito y dejaba de lado a la empresa y su función económica y social.

B) Ámbito de aplicación.-

La norma contiene un ámbito de aplicación material y un ámbito de aplicación subjetivo. Respecto al primero el artículo 86 de la ley colombiana recoge los supuestos de la Ley

⁶¹⁴ Cf. SOTOMONTE MUJICA, David. “Insolvencia Transfronteriza...Op. cit., p. 40.

⁶¹⁵ SOTOMONTE MUJICA, David. “Colombia frente ... Op. cit, p. 109.

⁶¹⁶ SOTOMONTE MUJICA, David. “Insolvencia Transfronteriza...Op. cit., p. 129.

Modelo, señalando que se aplicarán las normas de insolvencia transfronteriza colombiana cuando:

- 1) un tribunal o representante extranjero solicite asistencia en relación a un procedimiento extranjero, es decir, si se está llevando a cabo un procedimiento extranjero y se requiera tomar medidas en Colombia a petición de la autoridad extranjera;
- 2) si hay un proceso en marcha en Colombia y surge la necesidad de tomar medidas que produzcan efecto en el extranjero;
- 3) existan procedimientos concurrentes en dos o más Estados siendo uno de ellos Colombia;
- 4) un acreedor de un procedimiento extranjero u otra persona interesada solicite la iniciación de un procedimiento de insolvencia o requiera participar en uno ya abierto en Colombia.

El ámbito de aplicación objetivo está regulado en el artículo 3⁶¹⁷ de la norma colombiana interna, y se omite el artículo 2 de la Ley Modelo donde se exceptuaba la aplicación de la norma a ciertos sujetos.⁶¹⁸

Debemos mencionar también que la norma colombiana en su artículo 88, acoge la disposición del artículo 3 de la Ley Modelo, señala que ante un conflicto entre estas disposiciones y un Tratado internacional existente el Estado colombiano, se preferirá el

⁶¹⁷ **ARTÍCULO 3o. PERSONAS EXCLUÍDAS.** No están sujetas al régimen de insolvencia previsto en la presente ley:

1. Las Entidades Promotoras de Salud, las Administradoras del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud.
2. Las Bolsas de Valores y Agropecuarias.
3. Las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia. Lo anterior no incluye a los emisores de valores, sometidos únicamente a control de la referida entidad.
4. Las entidades vigiladas por la Superintendencia de Economía Solidaria que desarrollen actividades financieras, de ahorro y crédito.
5. Las sociedades de capital público, y las empresas industriales y comerciales del Estado nacionales y de cualquier nivel territorial.
6. Las entidades de derecho público, entidades territoriales y descentralizadas.
7. Las empresas de servicios públicos domiciliarios.
8. Las personas naturales no comerciantes.
9. Las demás personas jurídicas que estén sujetas a un régimen especial de recuperación de negocios, liquidación o intervención administrativa para administrar o liquidar.

⁶¹⁸ SOTOMONTE MUJICA, David. “Insolvencia Transfronteriza...Op. cit., p, 129.

Tratado.⁶¹⁹ Asimismo en su artículo 91, equivalente al artículo 6 de la Ley Modelo, señala que por razones manifiestamente de orden público también se puede dejar de aplicar las normas relativas a la insolvencia transfronteriza de esta ley. Este término “manifiestamente” en el plano internacional busca restringir el uso de esta excepción a las políticas más fundamentales de los Estados.⁶²⁰

C) Definiciones.-

La norma colombiana en su artículo 87 utiliza las mismas definiciones que se encuentran reguladas en el artículo 2° de la Ley Modelo respecto a: 1. Proceso extranjero; 2. Proceso extranjero principal; 3. Proceso extranjero no principal; 4. Representante extranjero; 5. Tribunal extranjero; y 6. Establecimiento.

Cabe señalar la importancia de diferenciar entre el reconocimiento a un procedimiento extranjero principal y a un procedimiento extranjero no principal, ya que el tratamiento que le dan las autoridades colombianas y las disposiciones de la ley de insolvencia colombiana será distinto; por ejemplo, algunas disposiciones de dicha normativa regirán automáticamente luego del reconocimiento de un procedimiento extranjero principal, pero no en el caso de un procedimiento extranjero no principal. Por otro lado, se puede apreciar que, al igual que la ley modelo, la norma colombiana no regula lo que debemos entender por “*centro de interés principal*”, respecto a este término el artículo 101 establece una presunción de asumir como tal el domicilio social del deudor, o la residencia habitual en el caso de un individuo, salvo prueba en contrario.⁶²¹

La norma colombiana agrega dos definiciones para guiar al acreedor, representante o tribunal extranjero sobre su sistema concursal interno, estos son los siguiente: 7. Autoridades colombianas competentes, la Superintendencia de Sociedades y los Jueces Civiles del Circuito y Municipalidades del domicilio principal del deudor; 8. Normas

⁶¹⁹ Ídem.

⁶²⁰ Cf. COOPER, Neil y REDMOND, Christopher J., “Legislación Colombiana sobre la Insolvencia Transfronteriza”. En: Seminario Internacional de Insolvencia Transfronteriza. Colombia. 2007. Superintendencia de sociedades. Consultada el 31 de mayo de 2012. <<http://www.supersociedades.gov.co/web/documentos/Insumos%20Seminario%20Internacional%20%20-en%20espa%F1ol.pdf>>

⁶²¹ *Ibíd.*

colombianas relativas a la insolvencia, son las contenidas en la presente ley. El profesor SOTOMONTE considera un error de la norma haber considerado al juez civil municipal, ya que éste no tiene competencia para conocer procesos concursales en los términos de la propia ley que designa la competencia en su artículo 6 al juez civil del circuito y la superintendencia de sociedades. Asimismo, señala que los artículos 89 y 90 de la norma colombiana complementan estas definiciones vistas, el primero reitera las autoridades colombianas competentes y el segundo se refiere a quienes están autorizados para actuar en el extranjero como representante de un proceso concursal colombiano.⁶²²

D) Acceso de los representantes y acreedores extranjeros ante las autoridades colombianas.-

Está regulado en el artículo 94 la norma colombiana, señala que todo representante extranjero podrá acudir *directamente* ante la Superintendencia de Sociedades o los Jueces Civiles del Circuito. En consecuencia, ya no es necesario recurrir a las cartas rogatorias, exhortos, exequátur, etc.⁶²³

El representante extranjero se encuentra autorizado a acceder a las autoridades colombianas para: 1. Solicitar un procedimiento de insolvencia sobre un mismo deudor en Colombia, previo cumplimiento de los requisitos que establece la ley colombiana respecto al procedimiento que se pretende abrir (art. 96); 2. Solicitar el reconocimiento de un procedimiento extranjero (art. 100 y ss.), luego de que éste sea reconocido puede pedir participar de un procedimiento iniciado en Colombia (art. 97). Cabe señalar que ni la presentación de la mencionada solicitud ni la participación en el proceso implican la sumisión del representante extranjero o de sus bienes a la jurisdicción colombiana para asuntos diferentes a los solicitados (art. 95).

Los acreedores extranjeros tienen los mismos derechos que los acreedores nacionales respecto a la apertura y participación de los procedimientos tramitados en el procedimiento colombiano, sin que se vea afectado el orden de prelación que se establece de un procedimiento en marcha en su territorio (art. 98).

⁶²² Cf. SOTOMONTE MUJICA, David. “Insolvencia Transfronteriza...Op. cit., p, 132.

⁶²³ *Ibíd.*

Asimismo, el artículo 99 señala que se debe informar a los acreedores extranjeros respecto de la apertura de un procedimiento de insolvencia, sin embargo, a pesar de que este artículo pretendió reflejar lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley Modelo no alcanzó a cubrir todos los objetivos de éste, ya que este último señala que deben notificarse a los acreedores extranjeros todas aquellas actuaciones que son notificadas a los acreedores nacionales.⁶²⁴

E) Reconocimiento de un procedimiento Extranjero y Medidas otorgables.-

Estas medidas están contempladas en los artículos 100 al 109 de la presente Ley. En su artículo 100 señala que cualquier representante extranjero podrá solicitar el reconocimiento de un procedimiento extranjero para el cual haya sido nombrado, presentando una copia certificada de la resolución de apertura del procedimiento y su nombramiento, o en su defecto cualquier otro medio de prueba admisible en Colombia. Además el representante extranjero debe presentar una declaración donde señale si tiene conocimiento de otros procedimientos de insolvencia en contra del deudor y las traducciones que la autoridad competente y la ley exijan.

El procedimiento extranjero, además de lo contemplado en el artículo 100, será reconocido como tal solo si se trata de un procedimiento de insolvencia de acuerdo a los lineamientos desarrollados en el artículo 87 (definiciones), y solicitado por un representante extranjero. No obstante, la Superintendencia de Sociedades o el juez civil del circuito podrá modificar o revocar este reconocimiento si se demuestra que los motivos que lo impulsaron no existieron o desaparecieron (art. 103).

La autoridad colombiana puede reconocer a los procedimientos extranjeros como principal o no principal (art. 103). En base a los documentos alcanzados para dicho reconocimiento puede presumir: 1. Que se encuentra frente a un procedimiento extranjero, 2. Que quien dice ser representante extranjero es competente para actuar, 3. Que los documentos que acompañan la solicitud son auténticos, y 4. Para determinar si el procedimiento es principal

⁶²⁴ Ibíd.

o no, que el centro principal de sus intereses es su domicilio social o residencia habitual, salvo prueba en contrario (art. 101).

El juez a solicitud del representante extranjero puede otorgar medidas cautelares, de acuerdo a las necesidades y urgencia del caso, estas medidas pueden ser desde la administración de los bienes y negocios del deudor y la suspensión de las ejecuciones en su contra, o la realización de sus activos. Estas medidas perderán vigencia cuando la solicitud de reconocimiento haya sido resuelta (art. 102). Luego del reconocimiento las medidas otorgables son las que contempla el artículo 106, que no tienen una sustancial diferencia a las anteriores. El artículo 107 señala que el tribunal colombiano sólo podrá otorgar medidas de protección bajo el artículo 106, si los intereses del deudor, acreedor y otros interesados están protegidos de modo adecuado.

Los efectos de este reconocimiento son los siguientes: se paralizan las ejecuciones individuales contra el deudor, se limita la capacidad del deudor para ciertos actos y contratos (art. 105), el representante extranjero puede proceder a plantear acciones revocatorias que considere pertinentes e intervenir en aquellos procesos donde el deudor sea parte o tenga carácter de interesado (arts. 108 y 109).

F) Cooperación con Tribunales y Representantes Extranjeros.-

No se establece una forma taxativa de comunicación y cooperación, tanto la Ley Modelo como la norma colombiana, sólo indican algunos ejemplos para dejar claro que existe un deber por parte de las autoridades y partes involucradas en los procedimientos de insolvencia. La cooperación puede ser directa entre tribunales o indirecta por medio de un representante, en el caso colombiano son el promotor y el liquidador.⁶²⁵

G) Procesos Paralelos.-

⁶²⁵ *Ibíd.*

Respecto a este punto, la norma colombiana coincide plenamente con la ley modelo. Así establece que cuando se haya reconocido un procedimiento extranjero principal por la autoridad colombiana, se podrá abrir un procedimiento de insolvencia en Colombia, sometido a la ley nacional, si el deudor tiene algún bien en este territorio, y sus efectos recaerán sólo sobre dichos bienes (art. 113).

Del mismo modo, el artículo 114 impone reglas a efectos de coordinar los procedimientos paralelos: 1. La autoridad colombiana debe colaborar y coordinar sus actuaciones con las del otro proceso; 2. Cuando haya un proceso en marcha en Colombia iniciado antes de la solicitud de del reconocimiento del procedimiento extranjero, las medidas tomadas consecuencia de esta solicitud deben ser compatibles con el proceso seguido en Colombia, más si este es un procedimiento principal, no se otorgarán medidas que no sean compatibles con el mismo; 3. Si se inicia un procedimiento concursal en Colombia posterior a la solicitud de un reconocimiento extranjero, entonces deben revisarse las medidas que se hayan otorgado a fin de que sean compatibles con el proceso colombiano o de lo contrario ser revocadas; 4. Las medidas otorgadas a solicitud de un procedimiento extranjero no principal deberán versar sobre los bienes que la ley colombiana indica deben ser administrados en el proceso extranjero o sobre información correspondiente a él.

También se establece la coordinación y colaboración entre los diversos procesos extranjeros existente, señalando que la comunicación, colaboración y coordinación debe girar en torno al procedimiento principal (art. 115).

Por último, cabe mencionar que no se acogió en el ordenamiento colombiano la presunción de insolvencia del deudor basada en el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal (art. 31 de la ley modelo); no obstante si se acogió las reglas para el pago de acreencias en procedimientos paralelos: una vez recibido el pago de dividendos por parte de un acreedor, éste no podrá recibir pago alguno hasta que los acreedores de su misma clase de todos los procesos paralelos no hayan recibido el mismo monto de dividendos (art. 116).

El profesor WILCHEZ⁶²⁶ observa que la Ley Modelo solo versa sobre aspectos netamente procedimentales, ya que no se encarga de armonizar los aspectos sustantivos, éstos se siguen rigiendo por el derecho interno de cada Estado.

En tal sentido, las normas de la Ley Modelo persiguen que sea más fácil la cooperación y comunicación entre las autoridades de los Estados que la adopten,⁶²⁷ no está enfocada a unificar el derecho sustantivo de la insolvencia.

3.2. La Ley Modelo CNUDMI en el ordenamiento Estadounidense.-

La ley modelo UNCITRAL es incorporada formalmente y casi intacta a las leyes de insolvencia del ordenamiento norteamericano el 17 de Octubre del 2005. El Congreso creó el capítulo 15 en el US *Bankruptcy Code* que reemplazó a la antigua Sección 304.

3.2.1. Antecedentes.-

Antes de estudiar los cambios generados con el *Chapter 15* que incorpora la ley modelo al ordenamiento estadounidense, demos una mirada al sistema de insolvencia norteamericano para entender la importancia de este capítulo en los casos de concursos transfronterizos. El sistema norteamericano tiene ciertas particularidades que harían difícil que una sentencia de uno de sus tribunales sea reconocida en otro país, sobre todo cuando observamos las disposiciones del Chapter 11, por ello se hace necesario tener normas de cooperación entre los Tribunales implicados dicho procedimiento.

En el ordenamiento norteamericano encontramos un sistema muy diferente al nuestro, como ya lo hemos mencionado, se busca evitar que la solución concursal sea la eliminación definitiva del comerciante quebrado del mercado, tiene su base en la institución del *discharge*. En tal sentido, tiene dos objetivos: a) que el deudor quede libre de sus obligaciones de un modo adecuado y que éste pueda tener un nuevo comienzo (*fresh start*);

⁶²⁶ WILCHEZ DURÁN, Rafael. Op. cit. p. 188.

⁶²⁷ Ídem., p. 189.

y, b) mantener la equidad entre la distribución de la propiedad del deudor entre los acreedores del mismo rango.⁶²⁸

Los procesos concursales en los Estados Unidos se encuentran regulados por un grupo de normas federales que son conocidas como el Título 11⁶²⁹ del “Código de Quiebras” o “*BANKRUPCY CODE*”. Este Título se subdivide en nueve capítulos, los tres primeros capítulos (1°, 3° y 5°) contienen un marco normativo general aplicable a todos los procesos, y los seis restantes (7°, 9°, 11, 12, 13 y 15) regulan procedimientos diferenciados por sus sujetos o por su finalidad. Los más conocidos y utilizados son el capítulo 7° denominado “*Liquidation*” que regula las formas de pago de los acreedores en el proceso de liquidación del patrimonio, el capítulo 11 -conocido como *Chapter 11*- denominado “*Reorganization*” que está destinado al salvataje del patrimonio del deudor, pago de los acreedores y tiene carácter general; y el capítulo 15, incorporado por la *Bankruptcy Abuse* de 2005, que adopta la Ley Modelo para insolvencia transfronteriza de la CNUDIM.⁶³⁰

El *Chapter 11* es el más utilizado por la mayoría de compañías -incluso las que no son estadounidenses- por los beneficios que proporciona. En los últimos años algunas sociedades anónimas no constituidas en los Estados Unidos de América han optado por llevar sus procesos de reestructuración bajo el procedimiento establecido en el *Chapter 11* del *BANKRUPCY CODE*. El objetivo de dichas empresas de acudir a esta legislación es lograr una reestructuración pactada con los acreedores financieros, partiendo de una posición que otorga un mejor ambiente para la negociación por las especiales características del régimen concursal norteamericano, principalmente porque la administración sigue en manos de la compañía sin la supervisión de un síndico o administrador designado judicialmente y por la posibilidad de conseguir nueva financiación post-concursal.⁶³¹

⁶²⁸ Cf. DASSO, Ariel, *Derecho Concursal Comparado*, Tomo I. Op. cit., p. 616.

⁶²⁹ La Ley de Quiebras es una ley federal conforme al artículo 1° Sección 8° de la Constitución estadounidense, y las leyes de los Estados en particular, en conflicto con la ley federal, deben subordinarse a la misma. Ídem., p. 622.

⁶³⁰ Ídem., pp. 624-627.

⁶³¹ Cf. BARCLAY THORNE, Michelle, “El *Chapter 11* desde la perspectiva de la ley general del sistema concursal”, *En: ADVOCATUS. Facultad de Derecho de la Universidad de Lima*, N° 12, 2005-I, p. 309.

Lo novedoso en el *Chapter 11* es la atribución de competencia que se le da al juez norteamericano sobre procedimientos de insolvencia de sociedades cuyo domicilio social o centro principal de intereses no se encuentra en Estados Unidos, ni una sucursal de ésta o bienes significativos de su patrimonio. El *Chapter 11* contiene una norma de jurisdicción muy amplia respecto a quien puede someterse a una reorganización bajo su amparo: “persona que resida o tenga un domicilio, un lugar de negocios o bienes en los Estados Unidos (...)”, no obstante, el mismo *BANKRUPCY CODE* trae una norma que permite al juez rechazar un caso en el supuesto de que un juez ya haya aceptado previamente su jurisdicción, suspender el procedimiento si considera que los intereses de los acreedores y del deudor estarán “mejor atendidos” (*BETTER SERVED*) por dicho rechazo o por la suspensión del procedimiento. Ello suele ocurrir cuando la totalidad o mayoría de los acreedores o bienes del deudor estén en otro país.⁶³²

Puede generarse algunos conflictos cuando se busque el reconocimiento extraterritorial de las resoluciones que dicte el juez estadounidense dentro de un proceso concursal de sociedades que están domiciliadas en otro país, sobre todo cuando las referidas resoluciones tengan efectos sobre bienes ubicados en otro país y/o acreedores domiciliados fuera de los EE.UU.⁶³³

Por ejemplo, si una sociedad constituida y domiciliada en el Perú acude al *Chapter 11* para llevar adelante el procedimiento de reorganización, las resoluciones dictadas allí no serían reconocidas por los tribunales peruanos. Esto se debe a que no han sido dictadas por un tribunal competente según la norma peruana de jurisdicción internacional. Este requisito no ha sido cumplido porque la norma concursal peruana da competencia exclusiva al juez peruano para abrir el procedimiento concursal de empresas domiciliadas en el país.

El *BANKRUPCY CODE* contempla también en el *chapter 7* la posibilidad de iniciar un proceso de liquidación con el cual se congelan todas las actividades de la compañía, se nombra a un síndico quien debe realizar los activos y llevar a cabo la administración de los mismos, los gastos administrativos y legales se pagarán primeros y luego a los acreedores.

⁶³² Cf. Ídem., p, 310.

⁶³³ *Ibíd.*

Por otro lado, nos comenta el profesor WESTBROOK que: *“fue la sección 304 del BANKRUPCY CODE la que por primera vez dio competencia a las cortes de modo explícito para reconocer los procedimientos de insolvencia extranjeros, cooperar con esos procedimientos y transferir activos a donde sea apropiado, es decir, de los Estados Unidos al país de origen del deudor”*.⁶³⁴

Algunas de las cuestiones a modificar de la sección 304 fueron⁶³⁵:

- a. *La sección 304 autoriza un resarcimiento al representante de un procedimiento extranjero pero sólo de un procedimiento principal, siendo éste el que se abra en el domicilio, residencia, desarrollo principal del negocio del deudor.*
- b. *La corte goza de discrecionalidad para otorgar o no medidas al representante extranjero.*
- c. *No hay claridad y precisión sobre los temas de notificación del proceso a los acreedores extranjeros y el derecho que éstos tienen a presentar reclamos sobre el mismo.*

3.2.2. CHAPTER 15.-

A diferencia de la legislación colombiana, Estados Unidos contaba con una norma, la *Section 304*, que establecía los estándares de reconocimiento de un procedimiento de insolvencia extranjero y el tratamiento para el mismo.

La *Section 304* es reemplazada por el *Chapter 15*, que opera cuando se presenta una petición de reconocimiento de un procedimiento extranjero, definido éste como:

“un procedimiento administrativo o judicial colectivo, incluyendo un procedimiento interino llevado a cabo por parte de un país extranjero en

⁶³⁴ Cf. WESTBROOK, Jay L. citado por DURÁN PRIETO, María Cristina y REYNALES RONDOÑO, Ana María. Op. cit. p, 123.

⁶³⁵ Cf. DURÁN PRIETO, María Cristina y REYNALES RONDOÑO, Ana María. Op. cit., p, 124.

conformidad con una ley relacionada con la insolvencia y de acuerdo con la cual los activos y asuntos del deudor están sujetos al control de, o supervisión de una corte extranjera, en busca de su reorganización o liquidación”

Esta nueva definición difiere de la *Section 304*, en los siguientes términos⁶³⁶:

- La *Section 304*, solo reconoce a los procedimientos judiciales o administrativos de insolvencia en un país extranjero; la *Chapter 15*, nos dice que estos deben tener la característica de ser colectivos e incluye, además de ello, al procedimiento interino en el cual los bienes y negocios están bajo el control o supervisión de una corte extranjera en busca de una liquidación o reestructuración.
- El *Chapter 15* requiere que el procedimiento extranjero se encuentre bajo el control de una norma relativa a la insolvencia, la *Section 304* no lo requiere.
- Respecto a la localización del procedimiento extranjero, en la *Section 304*, se señala que se considerará como tal a cuyo domicilio, residencia, principal lugar de negocios o principal activos estén localizados en un país extranjero, mientras en el *Chapter 15*, al igual que en la Ley Modelo, establece el concepto de *centro de los principales intereses del deudor* para el procedimiento principal y el de *establecimiento* para el procedimiento no principal.

Esta norma recoge el preámbulo de la Ley Modelo, concordando con todas las finalidades que éste señala. Bajo esta norma, después de dar aviso a Tribunal norteamericano, el procedimiento extranjero es reconocido automáticamente, a menos que este reconocimiento sea manifiestamente contrario al orden público de los Estados Unidos. En el caso del procedimiento extranjero principal, el reconocimiento tendrá ciertos efectos inmediatos y automáticos, en cambio el procedimiento extranjero no principal no tiene un efecto inmediato.⁶³⁷

⁶³⁶ HOWARD, Seife. “*New Chapter 15 to Replace Section 304*”. Consultada el 24.10. 2012. <<http://www.chadbourne.com/files/Publication/24a899a3-6837-4d8d-979f-cef4d72fb584/Presentation/PublicationAttachment/d5f51bf9-b823-46fa-a31a-d0319261e91e/PrattsBankruptcy05-Seife.pdf>>

⁶³⁷ Superintendencia de Sociedades. “Seminario internacional de insolvencia transfronteriza”. Consultada el 10.11.2012.

La norma excluye a cierto tipo de deudores: bancos y compañías de seguros, a consumidores en insolvencia con ciertas características y agentes de bolsa. Sin embargo, cabe mencionar que cuando se trate de un banco que no tiene una sucursal o agencia en el territorio norteamericano, este sí podrá ser sujeto a la aplicación de las normas de este capítulo; asimismo, con las compañías de seguros extranjeras.⁶³⁸

El chapter 15 agrega ciertos términos no observados en la Ley modelo y modifica algunos de la misma. Entre los términos agregados tenemos: “deudor”, “trustee”, reconocimiento y “dentro de la jurisdicción territorial de los Estados Unidos”; y modifica la definición de establecimiento, en el sentido que excluye de la definición “medios humanos bienes y servicios”⁶³⁹, sugiere que el deudor debe tener al menos un local de operaciones en el lugar del país donde el procedimiento extranjero está pendiente.⁶⁴⁰

Aunque el *centro de los intereses del deudor* no está definido en esta norma se presume que en un procedimiento principal se encuentra en la oficina registrada del deudor. Hemos observado ya algunos casos en el que el Tribunal norteamericano ha señalado que en aras de una interpretación internacional del término utilizará el concepto dado por el Tribunal de Justicia Europeo.

En tal sentido, se observan dos casos⁶⁴¹: I) En *In re Tri-Continental Exchange, Ltd.*, 349 B.R. 627 (Bank. E.D. Cal. 2006), La Corte de Bancarrota de los Estados Unidos para el Distrito Este de California siguiendo lo referido en la regulación de la Unión Europea que establece que debe corresponder el centro de interés principal del deudor al lugar donde éste lleva a cabo la administración de sus intereses con regularidad y por tanto es factible de ser conocido por terceros, señaló que dicho centro debía corresponder al “sitio de negocios

<<http://www.supersociedades.gov.co/web/documentos/Insumos%20Seminario%20Internacional%20%20-%20en%20espa%F1ol.pdf>>

⁶³⁸ Cf. BUFFORD, Samuel L, *United States International Insolvency Law 2008-2009*. New York : Oxford Univ Press, 2009, pp, 77-78.

⁶³⁹ El propósito de agregar estos términos en la ley modelo fue excluir la localización de solo inversiones para considerar dicho lugar un establecimiento. *Ibíd.* 83.

⁶⁴⁰ *Ídem.*, pp, 83-86.

⁶⁴¹ Superintendencia de Sociedades. “Seminario internacional...Op. cit.

principal” del deudor. II) En *In re SPhinX, Ltd.*, 351 B.R. 103 (Bankr. S.D.N.Y. 2006), *aff’d*, 2007 U.S. Dist. LEXIS 48962 (S.D.N.Y. Julio 3 de 2007). La Corte de Bancarrota de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York consideró tanto factores objetivos como consideraciones pragmáticas en el análisis de una solicitud para el reconocimiento de un procedimiento en las Islas Caimán como un procedimiento extranjero principal. En un inicio se reconoció a tal procedimiento como principal a pesar de que habían factores que indicaban que el centro de los intereses principales del deudor no se encontraban en las Islas Caimán, se utilizó la presunción de que el centro se encontraba en el lugar de domicilio social del deudor. Sin embargo, hubo una objeción en la que se señaló que en realidad se estaba buscando una jurisdicción más ventajosa para frustrar un acuerdo de liquidación aprobado anteriormente, y sumado a algunos factores objetivos, tales como, falta de activos en las Islas Caimán, el juez decidió que el centro de los intereses principales del deudor no se encontraba en las Islas Caimán. En consecuencia, se reconoció dicho procedimiento como un procedimiento extranjero no principal.⁶⁴²

Las medidas otorgadas en el Chapter 15 no están limitadas al reconocimiento, éstas podrían incluir medidas provisionales si se requieren con urgencia para proteger los activos del deudor y que concluirán al producirse el reconocimiento salvo que el Tribunal las extienda. Estas medidas pueden incluir⁶⁴³:

- La suspensión de la ejecución contra los activos del deudor;
- La encomienda de la administración o realización de todos o parte de los activos del deudor ubicados en los Estados Unidos, a un representante extranjero o a otra persona autorizada por la corte con el propósito de proteger y preservar el valor de dichos activos;
- La suspensión del derecho a transferir, comprometer o disponer de los activos del deudor;
- La posibilidad de interrogar testigos, la toma de evidencia o el envío de información relacionada con los activos, los asuntos, los derechos, las obligaciones o responsabilidades del deudor; y

⁶⁴² *Ibíd.*

⁶⁴³ *Ibíd.*

- El otorgar cualquier amparo adicional disponible a un administrador en un caso de bancarrota de los Estados Unidos.
- La Corte puede otorgar mandatos judiciales, tales como, mandatos preliminares u órdenes de protección judicial antes del reconocimiento bajo el Chapter 15.

Esta posibilidad de obtener dichas medidas antes del reconocimiento es un factor esencial en el *Chapter 15* y refleja la flexibilidad conferida por el Congreso a las cortes para poder auxiliar en la administración de procedimientos extranjeros.

Podemos observar esta flexibilidad en el caso Yukos Oil⁶⁴⁴:

Yukos es una compañía rusa que estaba en un proceso de bancarrota en Rusia. La corte rusa designó a un síndico para desempeñar ciertas labores incluyendo la preservación de activos de Yukos. Al iniciarse el proceso de bancarrota en Rusia, Yukos se encontraba en el proceso de vender importantes activos, incluyendo acciones que tenía en una refinería de petróleo en Lituania, a través de sus gerentes quienes eran ciudadanos norteamericanos. A pesar de que debido al procedimiento debía quedar la administración en manos del síndico, la venta continuó sin consentimiento de éste.

Ante ello, el síndico ruso inició el proceso de reconocimiento bajo el *Chapter 15*. La Corte de Bancarrota del Distrito Sur de Nueva York expidió una orden de protección temporal imponiendo autoridad sobre Yukos y sus gerentes para detener la venta propuesta. Yukos objetó tal decisión alegando que las ganancias de dicha venta serían para pagarle a los acreedores con propiedades embargadas en Holanda de acuerdo con la ley holandesa. El síndico ruso determinó que el precio de la compra era justo, pero le preocupaba que sólo los acreedores con propiedades embargadas en Holanda se beneficiaran, ya que iría en detrimento de los otros acreedores.

⁶⁴⁴ *Ibíd.*

Finalmente, antes del reconocimiento del caso de bancarrota ruso, la corte expidió una orden acordada por todas las partes para proseguir con la venta y recomendó a la Corte holandesa adoptar ciertas medidas para salvaguardar el beneficio de todos los acreedores.

Las medidas otorgadas con el reconocimiento, como ya lo mencionamos, dependen de si nos encontramos ante un reconocimiento de un procedimiento extranjero principal o un procedimiento extranjero no principal.

A diferencia del reconocimiento de un procedimiento extranjero no principal, el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal desencadena ciertos efectos inmediatos y automáticos bajo el Chapter 15. Entre ellos, la suspensión automática respecto a sus propiedades ubicadas en los Estados Unidos, normas de protección apropiadas, se autoriza al representante extranjero para que opere el negocio del deudor y puede ejercitar los derechos dados al administrador en un procedimiento de los Estados Unidos.⁶⁴⁵

Luego del reconocimiento de un procedimiento extranjero sea principal o no principal, la Corte puede conceder cualquier medida apropiada necesaria para cumplir con los objetivos del *Chapter 15* y proteger los activos del deudor e intereses de los acreedores. Estas medidas incluyen⁶⁴⁶:

- *La suspensión del inicio o continuación de una acción individual o procedimiento respectivo a los activos, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor;*
- *La suspensión de la ejecución de los activos del deudor;*
- *La suspensión del derecho a transferir, comprometer o disponer de los activos del deudor;*
- *La posibilidad de interrogar testigos, la toma de evidencia o el envío de información relacionada con los activos, los asuntos, los derechos, las obligaciones o responsabilidades del deudor;*

⁶⁴⁵ *Ibíd.*

⁶⁴⁶ *Ibíd.*

- *La delegación de la administración o la realización de todo o parte de los activos del deudor ubicados en los Estados Unidos al representante extranjero o a otra persona autorizada por la corte;*
- *La extensión de cualquier medida provisional; y*
- *Conferir cualquier medida adicional a un administrador.*

Entre las cortes de los Estados Unidos y las cortes extranjeras debe haber el mayor grado de cooperación que les sea posible, esto se debe implementar por cualquier medio que le sea apropiado, entre ellos⁶⁴⁷:

- *La designación de una persona para actuar bajo la dirección de la corte;*
- *La comunicación de información por cualquier medio apropiado;*
- *La coordinación de la administración y supervisión de los activos y asuntos del deudor;*
- *La aprobación o implementación de acuerdos concernientes a la coordinación de los procedimientos; y*
- *La coordinación de procedimientos concurrentes relacionados con el mismo deudor.*

Después de reconocer un procedimiento extranjero principal, se podrá iniciar un procedimiento de bancarrota en los Estados Unidos bajo el *Chapter 7* y *11*, los que se limitarán a manejar los activos del deudor en los Estados Unidos; solo podrá extenderse a aquellos fuera de los Estados Unidos si es necesario para implementar la cooperación y coordinación bajo el *Chapter 15*.

⁶⁴⁷ *Ibíd.*

CAPÍTULO IV

“EL DERECHO CONCURSAL EN LA LEGISLACIÓN PERUANA. LINEAMIENTOS Y PROPUESTAS PARA EL TRATAMIENTO DEL CONCURSO INTERNACIONAL”

Sumario: 1.Derecho concursal en la legislación peruana. 1.1. Evolución del derecho concursal en la legislación peruana. 1.2.La Ley General del Sistema Concursal (Ley N° 27809).1.2.1. Objetivo del sistema concursal en el Perú. 1.2.2. Principios del procedimiento concursal en el Perú. 1.2.3. Mecanismos de protección del patrimonio del deudor en el sistema concursal. 1.3. Procedimientos vigentes en la Ley General del Sistema Concursal. 1.3.1. Procedimiento Concursal Preventivo. 1.3.2. Procedimiento Concursal Ordinario. 2. Tratamiento al concurso internacional en el ordenamiento jurídico peruano. 2.1. Normas de Fuente Internacional. 2.1.1. El Tratado de Montevideo de 1989. 2.1.2. El Código de Derecho Internacional Privado 1928. 2.2. Normas de Fuente Interna. 2.2.1. El Concurso internacional en el Código Civil Peruano. 2.2.2. El Concurso internacional en la Ley General del Sistema Concursal. 2.3. La Cooperación judicial internacional en la legislación peruana. 2.3.1. Legislación de fuente nacional. 2.3.2. Legislación de fuente internacional. 3. Lineamientos y propuestas para el tratamiento del concurso internacional en el Perú.

1. EL DERECHO CONCURSAL EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

1.1. Evolución del derecho concursal en la legislación peruana.-

Las Ordenanzas de Bilbao rigieron en el Perú hasta después de su independencia, incluso cuando ya era República, sin embargo estas disposiciones contravenían en parte al nuevo régimen y eran muy antiguas. Surgió entonces la necesidad de una reforma legislativa para hacer frente a la actual realidad y las instituciones que aparecieron con el comercio. Para la elaboración de la nueva ley se tomó en cuenta al Código Civil Español de 1829, se formuló un proyecto que se convirtió en Ley el 30 de abril de 1853 y empezó a

regir ese mismo año. Las Ordenanzas de Bilbao seguían vigentes parcialmente en todo cuanto no fuera adverso al nuevo ordenamiento.⁶⁴⁸

En 1902 se promulga el segundo Código de Comercio peruano en el que se recoge la nueva realidad del país. La novedad que se implantó fue la *suspensión de pagos* que consistía en que el comerciante que teniendo bienes suficientes para cubrir todas sus deudas prevea la imposibilidad de realizarlas en las fechas de su vencimiento, se podía constituir en suspensión de pagos declarado por el juez, hasta que sus acreedores acepten o rechacen el convenio propuesto por éste.^{649 650}

Esta norma fue complementada con la Ley Procesal de Quiebra que se promulgó simultáneamente y reafirmó lo dispuesto por el Código de Comercio: “*sólo los comerciantes podían ser declarados en quiebra*”. Asimismo reconoció el principio de acumulación y competencia del juez en lo civil para declarar la quiebra y el hecho generador de ésta; señaló que el comerciante que cesa en sus pagos debe revelar este hecho por escrito dentro de los tres días posteriores; estableció el contenido del auto de quiebra y su publicidad.⁶⁵¹ Los últimos títulos de la ley contenían disposiciones sobre la competencia de los jueces del domicilio comercial del fallido para conocer juicios de quiebra aún cuando el quebrado hubiese practicado accidentalmente actos de comercio en otra nación; si el quebrado hubiere tenido más casas comerciales, agencias o sucursales en distintos Estados, los jueces de cada uno de estos Estados serían competentes para conocer del juicio de quiebra, estableciéndose los derechos que correspondían a los acreedores locales, en caso de quiebra declarada en país extranjero, contra una persona que tuviera bienes en la

⁶⁴⁸ Cf. NUGENT, Ricardo. *Derecho de Quiebra...* Op. cit. p., 10-11.

⁶⁴⁹ En la exposición de motivos del Código de Comercio de 1902 explica tres modelos sobre el cuál se funda el hecho generador de la quiebra. Para los Italianos debía existir la insolvencia absoluta, en la que el pasivo era superior al activo; en la legislación francesa y la española de esa época, que nuestro Código de Comercio de 1853 seguía, establecía que la quiebra existía desde el momento en que el comerciante deja de pagar sus obligaciones temporal o definitivamente y por esta suspensión de pagos produce iguales efectos que la cesación o sobreseimiento en ellos. En la legislación belga debía reconocerse la existencia de un Estado provisional y particular en el comerciante que suspende sus pagos, en beneficio de este y de los mismos acreedores; cuyo estado sin llegar a la quiebra produce, muchos de sus buenos efectos. El Código de 1902 de estos tres sistemas adopta sustancialmente el último. MONTROYA ALBERTI, Ulises. “Prologo”. BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo y PALMA NAVEA, José. “Comentarios a la nueva Ley General del Sistema Concursal”. Lima: Gaceta Jurídica, p. 7.

⁶⁵⁰ Cf. Ídem., p., 12 y 13.

⁶⁵¹ Cf. Ídem., p., 15 y 16.

República.⁶⁵² Al respecto podemos señalar que en la época no era común que una empresa realice operaciones transnacionales ya que la norma utilizó el término “accidentalmente” para referirse a los actos de comercio que realizó el deudor en otra nación, en tal sentido sí se contempla el concurso internacional y se estableció la pluralidad de juicios en dichos casos.

En el año 1912 se introduce el Código de Procedimientos Civiles, que reemplazó al Código de Comercio del Perú de 1902 y a la Ley Procesal de Quiebras. Este nuevo Código mantuvo muchas disposiciones de las normas que derogó, no obstante, también presentó algunas innovaciones, entre las más importantes se destaca que autorizó a los acreedores hipotecarios, prendarios y anticréticos a seguir percibiendo intereses a pesar de la declaración de concurso y dio un plazo no menor de diez días, ni mayor de sesenta para que los acreedores presentaran los títulos que justifiquen sus créditos.⁶⁵³

El 02 de agosto de 1932 se promulgó la Ley Procesal de Quiebras N° 7566 que derogó todas las normas anteriores y reguló a partir de allí el aspecto procesal y sustantivo de la quiebra y, en general, la materia del Derecho Concursal.⁶⁵⁴ En esta ley se estableció un solo procedimiento sea el deudor comerciante o no; la cesación de pagos era un presupuesto de la quiebra y no de la insolvencia, una persona podía ser declarada en quiebra sea insolvente o no;⁶⁵⁵ el procedimiento estaba a cargo de una autoridad judicial; el objetivo de la norma era realizar los bienes del deudor para pagar sus deudas (procedimiento liquidatorio); privilegia el interés individual y no el colectivo al considerar que la quiebra podía ser declarada por iniciativa individual sin considerar la posición de los demás; y no protege la unidad empresarial.⁶⁵⁶ Otro aspecto importante de la Ley de Quiebras es que contemplaba dos soluciones adicionales a la quiebra del deudor: el convenio de liquidación extrajudicial que era un acuerdo entre el deudor y los acreedores antes de que se declarara en quiebra, y el convenio judicial que pese a la participación del deudor y de los acreedores era dirigido

⁶⁵² Cf. Ídem., p., 16 y 17.

⁶⁵³ *Ibíd.*

⁶⁵⁴ Cf. MONTOYA ALBERTI, Ulises. “Prologo”. BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo y PALMA NAVEA, José. “Comentarios a la nueva Ley General del Sistema Concursal”. Lima: Gaceta Jurídica, p., 8.

⁶⁵⁵ FLINT, Pinkas. “Tratado de Derecho Concursal”. Op. cit., p., 3.

⁶⁵⁶ JIMÉNEZ CHOCANO, José. “Curso: Derecho Concursal”, Diapositivas: Clase 2, Lima: Facultad de Derecho PUCP, 2008.

por el juez y obligatorio para todos.⁶⁵⁷ Para el Doctor Paolo del Águila con esta norma empieza la “historia oficial” del Derecho Concursal en el Perú, la cual tiene dos características esenciales: su objetivo era la realización del patrimonio del deudor a través del juicio de quiebras; y, la dirección estaba en manos del juez y del síndico de quiebras quienes dirigían el proceso y tomaban las decisiones.⁶⁵⁸

Posterior a la Ley Procesal de Quiebras se crearon normas con fuerte intervención estatal a efectos de permitir que las empresas en quiebra continúen funcionando. Por ejemplo, en los años setenta, se dictó el Decreto Ley N° 19525 que señalaba que a través de un decreto supremo se podía disponer la continuidad forzosa de una actividad comercial o industrial de una sociedad declarada en quiebra, al ser tal actividad de necesidad y utilidad pública para la economía nacional o para el interés social. Se emitieron los Decretos Leyes N° 20023, 20158, 21584 y 22972 que permitieron a los trabajadores de las empresas en quiebra solicitar la administración de la empresa, incluso cuando los empresarios paralizaban las labores o abandonaban sus empresas, para ello debían constituir cooperativas de trabajo.⁶⁵⁹ Asimismo, en los años ochenta se vivió la quiebra de numerosas empresas, por lo que otra vez se situó en el eje del problema el cierre de la empresa. Se tomaron medidas para evitar el cierre o quiebra de la empresa, comprometiéndose a los acreedores para que bajo la decisión de las mayorías aprueben la reestructuración de la empresa si esta era viable, sólo en casos extremos se optaría por la liquidación.

Este panorama se plasmó en la Ley de Reestructuración Empresarial, Decreto Ley N° 26116 del 30 de diciembre de 1992, vigente desde 1993, donde se privilegia la posibilidad de reflotamiento de las empresas viables y deroga la Ley Procesal de Quiebras. Entre las características más relevantes de esta nueva norma tenemos: (a) la desjudicialización del proceso concursal, se establece un orden administrativo bajo la responsabilidad del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI-; (b) se pasó de la acción estatal representada por los jueces y síndicos de

⁶⁵⁷ Cf. FLINT, Pinkas. “Tratado de Derecho Concursal”. Op. cit., p., 4.

⁶⁵⁸ Cf. DEL ÁGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. “Poniendo los puntos sobre las íes: Objetivos Principios y Líneas matrices del Sistema Concursal”. En: *Revista Foro Jurídico*, Lima, Año 1, N° 2, Junio 2003, p. 66.

⁶⁵⁹ MONTOYA ALBERTI, Ulises. “Prologo”. BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo y PALMA NAVEA, José. “Comentarios a la nueva Ley General del Sistema Concursal”. Op. cit., p., 7 y 8.

quiebra a la participación privada representada por la junta de acreedores⁶⁶⁰; (c) se trata por primera vez a la insolvencia, considerándola como el estado económico-financiero en el cual una persona natural o jurídica ha sufrido la pérdida de más de las dos terceras partes de su patrimonio o se encuentra impedida de afrontar temporal o definitivamente el pago de sus obligaciones; (d) el manejo de la crisis a cargo de los acreedores y deudores, el destino de la empresa se decide por mayoría de los acreedores, no obstante el Estado verifica la legalidad de sus acuerdos; (e) se privilegia la posibilidad de reflatamiento de la empresa, mediante un análisis consciente de la posibilidad de reestructurar económicamente a las empresas viables; y (f) si la empresa no es viable, habrá una liquidación ordenada del patrimonio del insolvente en un procedimiento extrajudicial.⁶⁶¹ A pesar de todas las nuevas medidas para impulsar el reflatamiento de las empresas la norma presentaba deficiencias que impidieron lograr su finalidad, menos de un cuarto de las empresas que estaban en insolvencia entraron a un proceso de reestructuración. Entre esas deficiencias tenemos los siguientes: no consideraba a las personas naturales y jurídicas que no realizaban actividad empresarial; existía una contradicción entre la norma concursal y la norma tributaria respecto a los órdenes de prelación; y la protección del patrimonio era tardía porque esta se daba luego que la junta decidía el destino de la empresa.⁶⁶²

Como consecuencia de esas deficiencias se promulgó la Ley de Reestructuración Patrimonial, Decreto Legislativo N° 845 del 21 de setiembre de 1996, sustituyó a la Ley de Reestructuración Empresarial. *“Esta norma no reguló la quiebra sino la forma de liquidar una empresa, y se centró en la posesión de la empresa para que pueda restablecerse en el mercado”*.⁶⁶³ Hizo varias modificaciones en el proceso respecto a la norma anterior pese a guardar el mismo objetivo: *“la recuperación económica y financiera de las empresas en dificultades”*. Entre sus principales características tenemos: (a) la autoridad administrativa tuvo un rol más activo, ejerció un control de legalidad del procedimiento y veló por el respeto de los derechos de los acreedores minoritarios; (b) se estableció como requisito

⁶⁶⁰ FLINT, Pinkas. *“Tratado de Derecho Concursal”*. Op. cit., p., 36.

⁶⁶¹ JIMÉNEZ CHOCANO, José. *“Curso: Derecho Concursal”*, Diapositivas: Clase 2, Lima: Facultad de Derecho PUCP, 2008 y MONTOYA ALBERTI, Ulises. *“Prologo”*. BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo y PALMA NAVEA, José. *“Comentarios a la nueva Ley General del Sistema Concursal”*. Op. cit., p., 9 y 10.

⁶⁶² FLINT, Pinkas. *“Tratado de Derecho Concursal”*. Op. cit., p., 15.

⁶⁶³ MONTOYA ALBERTI, Ulises. *“Prologo”*. BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo y PALMA NAVEA, José. *“Comentarios a la nueva Ley General del Sistema Concursal”*. Op. cit., p., 10.

adicional para entrar al proceso de reestructuración patrimonial que haya una verdadera posibilidad de recuperación económica y financiera; (c) la junta de acreedores decidía la viabilidad de la empresa y el régimen de administración de la empresa en su etapa de reestructuración, éste podía ser uno nuevo o la anterior administración; (d) se dio protección legal al patrimonio de la empresa insolvente ya que luego de declararse la insolvencia, quedaba suspendida la ejecución de embargos y medidas cautelares trabadas sobre los bienes de la empresa insolvente, y a partir de esa fecha también quedaban suspendidas también todas las obligaciones del deudor pendientes de pago; (e) reguló mecanismos destinados a proteger a los acreedores minoritarios; y, (f) el principal aporte de esta norma conceder a cualquier titular de un patrimonio acceder al régimen concursal.⁶⁶⁴ Sin embargo, en la práctica esta norma presentó ciertas distorsiones en el proceso de toma de decisiones del destino de la empresa, el deudor insolvente se las arregló para tramitar el reconocimiento de créditos a favor de acreedores vinculados, y, a través del reconocimiento de dichas acreencias, lograba controlar la mayoría de los acreedores. El deudor “*camuflado como acreedor*” fue capaz de decidir el destino de su propio negocio y decidir cómo y cuándo pagaba sus obligaciones. Así se convirtió la Ley de Reestructuración Patrimonial en un instrumento para que los deudores unilateralmente decidan cuándo pagar o simplemente dejar de hacerlo.⁶⁶⁵

Debido a lo expuesto en el año 1999 se dieron dos normas: Ley de Fortalecimiento al sistema de Reestructuración Patrimonial (Ley 27146) y, más tarde, las Normas Transitorias Programa Saneamiento y Fortalecimiento Patrimonial (D.U. 064-99). La primera norma intentó reforzar las facultades de fiscalización de la autoridad concursal, impulsar el uso de los procedimientos preventivos, impone la obligación al deudor de declarar ante el INDECOPI al inicio del proceso si mantenía o no obligaciones frente a acreedores vinculados y establece los delitos concursales. La segunda norma crea un procedimiento transitorio para atender una gran demanda de solicitudes a concurso por la crisis nacional generalizada, descentraliza las funciones del INDECOPI, reduce y pone más flexibles los requisitos para gozar de los beneficio del sistema concursal; el reconocimiento de créditos

⁶⁶⁴ FLINT, Pinkas. “Tratado de Derecho Concursal”. Op. cit., p., 16 y 17.

⁶⁶⁵ EZCURRA, Huáscar. “El derecho de voto de los acreedores vinculados al deudor insolvente: Aproximación al Tema a partir de un Análisis Económico del Derecho”, *En: Themis, Revista de Derecho*, Lima, N° 42, 2001, p. 248.

se da más rápido; hay un mejor control de las nuevas deudas que asume la empresa concursada; y propicia reuniones para obtener decisiones más rápidas de las Juntas de Acreedores.⁶⁶⁶

No obstante, *“estas normas no fueron suficientes para poner fin a las deficiencias que presentaba el sistema concursal, contrario a ello ocasionaron un mayor caos, trajeron consigo yuxtaposiciones y evidentes confusiones por parte de los particulares y la propia entidad”*.⁶⁶⁷ Entre las deficiencias que presentó la aplicación del sistema concursal podemos mencionar la falta de celeridad; el uso indisciplinado y confuso de los procedimientos que generaban elevados costos para utilizar y administrar el sistema; falta de facultades de fiscalización y control de la Comisión de Reestructuración Patrimonial del INDECOPI; inequidades para el tratamiento del crédito laboral; y, la falta de predictibilidad del concurso como consecuencias de las intervenciones del Poder Judicial en el procedimiento concursal.⁶⁶⁸

De acuerdo con lo desarrollado, coincidimos con el Doctor DEL ÁGUILA cuando señala que: *“hasta el año 2002, la legislación concursal peruana tuvo una naturaleza pendular “del infierno de la quiebra inexorable” al “cielo de la reestructuración para todos” (...) De un sistema asfixiante contra el deudor ocasional, a otro totalmente permisivo a su favor”*.⁶⁶⁹ Nuestro sistema concursal ha pasado de un extremo al otro, de condenar a todas las empresas que incumplían en sus pagos a la liquidación -sin importar si se encontraban en un estado de insolvencia temporal- a la creación de normas que permitían permanecer en el mercado a las empresas ineficientes que no tenían viabilidad para seguir funcionando. En tal sentido, se pasó de un sistema liquidativo a un sistema conservativo con demasiadas liberalidades, que posteriormente fue corregido y mejorado con la Ley General del Sistema Concursal. Este cambio ha ido de la mano con la evolución del derecho concursal en el panorama mundial, lo cual guarda cierta lógica ya que los cambios económicos, a los cuales está sujeta la norma concursal para su buen funcionamiento -como lo observamos en el

⁶⁶⁶ JIMÉNEZ CHOCANO, José. *“Curso: Derecho Concursal”*. Diapositivas: Clase 3, Lima: Facultad de Derecho PUCP, 2008.

⁶⁶⁷ Cf. FLINT, Pinkas. *“Tratado de Derecho Concursal”*. Op. cit., p., 38.

⁶⁶⁸ Ídem., p. 39.

⁶⁶⁹ Cf. DEL ÁGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. *“Poniendo los puntos sobre las íes: Objetivos Principios y Líneas matrices del Sistema Concursal”*. Op. cit., p. 66.

caso español-, no solo afectan el lugar donde se originan sino que tienen efectos mundiales, son las consecuencias del fenómeno de la globalización y de tener una economía cada vez más interconectada.

Al respecto, cabe señalar también que el sistema concursal peruano no ha escapado a “*la nueva filosofía del Derecho concursal*”: la conservación de las empresas viables. Así se observa que éste ha desarrollado “*dos procedimientos, el concurso ordinario y el concurso preventivo*.”⁶⁷⁰ El primero en su opción de reestructuración ya que da la posibilidad a los acreedores a salvar a las empresas viables, y el segundo dado que es un mecanismo de reprogramación de obligaciones anterior al estado de insolvencia.

1.2. La Ley General del Sistema Concursal (Ley N° 27809)⁶⁷¹.-

El 08 de agosto de 2002 se publicó en El Peruano la nueva Ley General del Sistema Concursal (Ley N° 267809), en adelante LGSC, que entraría en vigencia recién a los setenta días posteriores a su publicación, derogando las normas anteriores que regulaban el procedimiento a dicha fecha. Posteriormente, se dieron distintas modificaciones, siendo la más importante la del Decreto Legislativo N° 1050, publicado el 27 junio 2008, que entró en vigencia a los treinta (30) días siguientes de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

En el primer capítulo de esta investigación hemos desarrollado brevemente los modelos de regulación de los sistemas concursales, cabe preguntarnos si el sistema concursal peruano actual ¿se adscribe al método de mercado o al método gubernativo? ¿Tiene su base en una concepción tradicionalista o procedimentalista?

El Doctor DEL ÁGUILA ha señalado que nuestra norma no se adscribe a ninguno de estos modelos, que si bien se podría proclamar una visión de mercado del Sistema Concursal

⁶⁷⁰ ROSSI, Guido. Perú y España. En: “Dos realidades, dos mundos distintos, unidos por un derecho común”, p. 13. Consulta: 03.11.2011. <<http://galeon.com/josicu/OTROS/9t.pdf>>

⁶⁷¹ Ley modificada por el Decreto Legislativo N° 1050, publicado el 27 junio 2008, la misma que de conformidad con su Única Disposición Final, entró en vigencia a los treinta (30) días siguientes de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

peruano o procedimental del concurso, ello no es así. La norma denota un interés por maximizar el patrimonio del deudor siguiendo parámetros de mercado, pero ello no implica *per se* que se aplique un procedimiento liquidatorio. Asimismo, pese a que la intervención de la autoridad concursal se subordine a la acción de los acreedores, ésta siempre está presente en el procedimiento concursal. En tal sentido, el autor concluye señalando que el Sistema Concursal peruano: “*se sirve de ellos para construir un orden concursal propio e intermedio, (...) el modelo concursal peruano goza de flexibilidad y con eso otorga a sus actores el aire suficiente para acomodar sus acciones a lo más conveniente a sus intereses*”⁶⁷², es decir toma en cuenta estos modelos, no los aplica en su totalidad por ser visiones extremas.

Al respecto, se puede percibir en la doctrina nacional que hay una predilección por adoptar un sistema concursal con base en una concepción procedimentalista y, en efecto, esto se ve reflejado en la norma y sus posteriores modificaciones.

Así, los autores señalan que no debe ser una finalidad del sistema concursal proteger puestos de trabajo, el interés de la comunidad y el salvataje de empresas, puesto que solo se produciría un efecto contrario y corresponden a otros campos de acción del derecho. El profesor SCHWARTZ considera que si usamos el sistema concursal para proteger puestos de trabajo, podría existir un conflicto entre la preservación del trabajo y la maximización de la recuperación del crédito concursal en los casos en que el valor de liquidación de la empresa es mayor que el valor de la empresa en marcha. Asimismo, considera que es innecesario proteger a la comunidad a través de las normas concursales cuando hay buenos sustitutos para la actuación de la empresa⁶⁷³. Del mismo modo, el Doctor EZCURRA afirma que salvo el caso de una empresa monopólica, siempre existirán sustitutos adecuados para la empresa insolvente; mantener a flote una empresa inviable (valor del negocio en liquidación (VNL) es mayor que el valor de la empresa en marcha (VNM)) a

⁶⁷² DEL ÁGUILA SOMOCURCIO, Paolo, “Hacia una reestructuración...”. Op. cit., p.121.

⁶⁷³ Cf. SCHWARTZ, Alan. “Una aproximación contractual a la insolvencia”. En: *Themis. Revista de Derecho PUCP*, Lima, N° 45, 2002, p, 127.

través de subsidios solo trae resultados nocivos, como ya lo hemos experimentado en el Perú.⁶⁷⁴

Por lo expuesto se considera, siguiendo la postura de los procedimentalistas, que la función del sistema concursal debe ser reducir los costos del crédito para las empresas⁶⁷⁵, que se logra a través de la reducción de los costos de transacción (costos de coordinación de identificar y reunir a las partes involucradas, los costos del proceso de negociación y los costos de información sobre el VNM y el VNL), lo que permite a su vez a los acreedores maximizar: el valor del negocio *ex post* la insolvencia y el recupero de su crédito.⁶⁷⁶

En tal sentido, el profesor EZCURRA reconoce que la meta del sistema concursal debe ser la eficiencia y para ello es necesario reducir los costos *ex ante* y *ex post* la insolvencia, y los costos de administración del proceso.

i. Reducir los costos ex post la insolvencia: Maximización del valor del negocio insolvente.

El sistema concursal aumentaría el valor de la empresa en estado de insolvencia si asegura una reducción de los costos de transacción que genera la insolvencia.⁶⁷⁷ Estos costos de transacción son todos aquellos que obstaculizan la negociación de los individuos sobre un tema en particular⁶⁷⁸; en el concurso estos son, los costos de identificación y reunión de los involucrados, los costos del proceso de negociación, los costos de información para saber el verdadero estado de la empresa y los costos de ejecución, es decir, el monitoreo del cumplimiento de los acuerdos en el procedimiento.⁶⁷⁹

⁶⁷⁴ EZCURRA RIVERO, Huáscar y Gerardo SOLIS. “El Estado contrataca, la “múltiple personalidad” de un sistema concursal de ciencia ficción”. *En: Themis, Revista de Derecho PUCP*, Lima, N° 45, 2002, p. 157.

⁶⁷⁵ ADRIANZÉN RODRIGUEZ, Luis Carlos. “Vallas donde vayas: El costo social de la valla concursal en el Perú”. *En: Revista de la competencia y propiedad intelectual*. Lima, N° 12, 2011, p. 78.

⁶⁷⁶ EZCURRA RIVÉRO, Huáscar. “La Nueva Ley del Sistema Concursal”. ¿Hacia dónde vamos? ¿Avance o retroceso? *En: Derecho Concursal. Estudios previos y posteriores a la nueva Ley Concursal-Análisis Económico del Derecho*, Primera Edición, Lima: Palestra, 2002, pp. 259-260.

⁶⁷⁷ EZCURRA RIVÉRO, Huáscar y Gerardo SOLIS. “El Estado contrataca ... Op. cit. p. 155-156.

⁶⁷⁸ COOTER, Robert y ULEN, Thomas. “Derecho y Economía”. *En: Fondo de Cultura Económica*. México D.F. 1999, p. 120.

⁶⁷⁹ EZCURRA RIVÉRO, Huáscar y Gerardo SOLIS. *Loc. cit.*

Si se consigue reducir estos costos de coordinación entre los acreedores entonces las empresas insolventes que fueran económicamente viables podrían acceder a una reestructuración y no terminar en un proceso liquidativo.⁶⁸⁰

ii. Reducir los costos ex ante la insolvencia: Abaratamiento del crédito.

Uno de los efectos de reducir los costos ex post la insolvencia para los acreedores será lograr minimizar los costos de acceso al crédito. Así las empresas tendrán mayores posibilidades de acceder a un crédito a un menor costo. Si los acreedores saben que ex post la insolvencia tienen mayores posibilidades de recuperar su crédito entonces ex ante cobrarán menos por otorgar un crédito a las empresas.⁶⁸¹

iii. Reducción de los costos administrativos del procedimiento concursal.-

Si los procesos son largos y costosos habrá mayores posibilidades de que el deudor pueda postergar indefinidamente el pago de sus obligaciones, trasladando de esta forma el costo de la insolvencia a sus acreedores. En consecuencia, *“los costos administrativos del procedimiento no son sólo un aspecto adicional más para lograr la eficiencia, sino que se convierten en un requisito indispensable para la reducción de costos ex ante y costos ex post”*.⁶⁸²

Ahora bien, bajo este contexto, es necesario una ley concursal cuya finalidad sea *“reducir los costos de transacción para que los acreedores puedan contratar y elegir el valor que a su criterio resulte el mayor, sea éste el VNM o el VNL”*. Por ello la norma concursal debe crear un ambiente idóneo para que dicha negociación sea posible, lo cual se logra cuando sus disposiciones desarrollan las siguientes ideas: a) la decisión sobre el destino del deudor debe recaer en los acreedores pues son quienes tienen los mejores incentivos para tomar la mejor decisión; b) la protección de los activos del negocio en crisis debe ser efectiva; c) un principio por el cual se reconozca todo lo pactado antes de la crisis,

⁶⁸⁰ *Ibíd.*

⁶⁸¹ *Ibíd.*

⁶⁸² *Ibíd.*

salvo excepciones indispensables para cumplir con la protección de los activos referida; y, d) el Estado debe tener facultades efectivas que le permitan sancionar efectivamente a los infractores.⁶⁸³

Cabe preguntarnos ¿nuestra norma concursal recoge estos cuatro supuestos? La respuesta es en su mayoría sí. A continuación analizaremos el contenido de la LGSC para desarrollar la respuesta previamente dada a esta pregunta.

1.2.1. Objetivo del sistema concursal en el Perú.-

La LGSC sí definía un objetivo pero éste no se encontraba delimitado adecuadamente por lo que la posteriormente con el Decreto Legislativo N° 1050, se estableció un objetivo único, *“proteger el crédito de la manera más eficiente posible ante situaciones de crisis patrimoniales”*.⁶⁸⁴

“Artículo I.- Objetivo de la Ley:

*El objetivo de la presente ley es la recuperación del crédito mediante la regulación de procedimientos concursales que promuevan la asignación eficiente de recursos a fin de conseguir el máximo valor posible del patrimonio del deudor”*⁶⁸⁵

Actualmente existe un claro objetivo en nuestra norma concursal: *“la protección del crédito”*, pero que no está en desarmonía con el objetivo actual en el derecho concursal comparado: la conservación de la empresa viable, ya que dicho artículo señala: *“mediante la regulación de procedimientos concursales que promuevan la asignación eficiente de recursos a fin de conseguir el máximo valor posible del patrimonio del deudor”*, es decir, que si una empresa es viable (su valor en marcha es mayor a su valor en liquidación) se debería optar por la reestructuración de la misma. No obstante debemos señalar que en el

⁶⁸³ EZCURRA RIVÉRO, Huáscar. “La Muerte del Sistema Concursal”. En: Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, N° 12, Lima 2011, pp. 164-165.

⁶⁸⁴ Cf. CASTELLANOS SÁNCHEZ, Luis Fernando. “Las Mil y una noches del Derecho Concursal unos objetivos y principios de cuento”. En: *Themis, Revista de Derecho PUCP*, Lima, N° 57, p. 211.

⁶⁸⁵ Texto según el artículo 1 del Decreto Legislativo 1050 (Publicado el 27 de junio de 2008, vigente a partir del 27 de julio de 2008).

texto anterior se planteaban tres objetivos que difícilmente eran compatibles entre sí. A continuación analizaremos el interesante debate que se sostuvo entre destacados profesores de nuestra Facultad sobre la primera versión de este artículo:

“Artículo I.-Objetivo del sistema concursal

*El objetivo del sistema concursal es la permanencia de la unidad productiva, la protección del crédito y el patrimonio de la empresa. Los agentes del mercado procurarán una asignación eficiente de sus recursos durante los procedimientos concursales orientando sus esfuerzos a conseguir el máximo valor del patrimonio en crisis”*⁶⁸⁶

El Doctor ROJAS LEO argumentaba que el objetivo de la norma no era único, que tenía tres dimensiones distintas: *“la permanencia de la unidad productiva, la protección del crédito y la protección del patrimonio de las empresas”*. No obstante, *“estos objetivos podían materializarse en distintos momentos e incluso complementarse, la norma requería de una necesaria interpretación”*,⁶⁸⁷ la cual debía favorecer a la continuidad de la empresa, en tanto sea posible.⁶⁸⁸ Nos daba de ejemplo que si el valor de la empresa en marcha es mayor al valor de la empresa en liquidación, entonces los objetivos son compatibles, el problema se origina cuando tiene mayor valor la empresa en liquidación y la expectativa que surgía de que en realidad los acreedores siempre elijan la opción más eficiente, ya que por factores externos podrían elegir liquidar la empresa aún cuando ésta tenga mayor valor en marcha.⁶⁸⁹

Por otro lado, el Doctor HUÁSCAR EZCURRA argumentaba que *“mientras mayor sea el énfasis del sistema en salvar a las empresas, menor sería la protección del crédito, siendo estos objetivos contradictorios, ya que mientras más proteccionismo se imponga, más vulnerable van a encontrarse los acreedores quienes alzarán el coste del crédito y éste*

⁶⁸⁶ Texto según el artículo 1 de la Ley N° 27809- Ley General Sistema Concursal- modificado por el Decreto Legislativo 1050 (Publicado el 27 de junio de 2008, vigente a partir del 27 de julio de 2008).

⁶⁸⁷ ROJAS LEO, Juan Francisco. “De la supuesta esquizofrenia del sistema concursal al maniqueísmo de sus detractores”. En: *Ius et Veritas*. N° 26. pp. 177 y 178.

⁶⁸⁸ ROJAS LEO, Juan Francisco. “Comentarios a la Ley General del Sistema Concursal”. Editores: ARA. 2002, p. 23.

⁶⁸⁹ Cf. ROJAS LEO, Juan Francisco. “De la supuesta esquizofrenia del sistema concursal al maniqueísmo de sus detractores”. En: *Ius et Veritas*. Lima, N° 26, p. 177.

resultará inaccesible para las empresas". Un claro ejemplo de esa contradicción era que si el valor de la empresa en marcha es menor a la empresa en liquidación, debería optarse por la liquidación y esto no permitiría cumplir con el otro objetivo de la norma que era la permanencia de la unidad productiva. Por ello el Doctor HUÁSCAR señaló que la finalidad del sistema concursal debía ser la *eficiencia*, es decir, *“reducir los costos de transacción ex post (costos de coordinación) y ex ante la insolvencia (costos de acceso al crédito); y su único objetivo proteger el crédito”*.⁶⁹⁰

Posteriormente, se dio un debate entre los profesores: ROJAS LEO, EZCURRA y SILVA referido al tema de los múltiples objetivos de la norma concursal. El Doctor ROJAS señaló que *“el fin último del sistema concursal debía ser administrar colectivamente una situación de crisis empresarial, pero ello no impedía que puedan encontrarse finalidades u objetivos subordinados a éste, como la protección del crédito y el patrimonio de la empresa. La realidad es compleja y ello hace que las reglas en el ordenamiento jurídico no sean sencillas, esta múltiple finalidad de la norma es un reflejo de esa complejidad y la compatibilidad o incompatibilidad de ésta dependerá del intérprete”*. Por otro lado, el Doctor SILVA considera que lo que la norma debe proteger es el crédito, en consecuencia, afirma que *“se debe dar reglas claras para que esos créditos sean cobrados”*. La norma ha establecido principios, los que se caracterizan por ser directrices para saber cuál es el sentido de la ley, no obstante se observa aquí que se protege diversos valores que pueden resultar contradictorios. *“En un régimen concursal no debería haber contradicciones sino compatibilidad plena en lo que regula los principios generales, las normas procesales y las normas sustantivas”*.⁶⁹¹

En la misma línea argumentativa del Doctor SILVA, el Doctor EZCURRA considera que *“la norma concursal debe dar señales claras, así los agentes del mercado pueden predecir cómo se aplicarán dichas normas y conforme a ello comportarse, menciona que tal vez interpretando la norma se puede llegar a la opción correcta: proteger el crédito, pero no cumpliría el Título Preliminar con su finalidad de dar un objetivo claro”*. En tal sentido,

⁶⁹⁰ ESCURRA, Huáscar y SOLIS, Gerardo. “EL ESTADO CONTRATACA: la “múltiple personalidad” de un sistema concursal de ciencia ficción”. *En: Themis Revista de Derecho PUCP*, Lima, N°45, pp, 155-158.

⁶⁹¹ *Ibíd.*

“la norma debe facilitar la negociación acreedor-deudor y permitir al acreedor que pueda identificar si el negocio es viable o liquidarlo; sin embargo, esta protección al crédito no significa que no habrá pérdidas, sino que se trata de minimizar las mismas”.⁶⁹²

Asimismo, el Doctor CAMPODÓNICO⁶⁹³ nos da un ejemplo de una empresa que se encuentra en concurso y debe tomar una decisión: mantener la empresa funcionando pese a las pérdidas, proteger el patrimonio de la empresa o proteger el crédito. Nos señala que mantener un negocio en el mercado no siempre es eficiente y por ello no puede ser un objetivo de la LGSC, esto es un medio para recuperar el crédito pero no una finalidad en sí misma.⁶⁹⁴ En tal sentido concluye que estos objetivos son evidentemente contradictorios y podrían traer problemas a los acreedores. En consecuencia, apoya la modificación de la LGSC que da como único objetivo la “recuperación del crédito”. El autor señala que el crédito debe ser protegido porque es un medio de financiamiento –el más importante en nuestro país-. Si no se le protegiera los acreedores tendrían menos incentivos para prestar, y en caso lo hagan esto sería con altos intereses, recordemos que a mayor riesgo o problema para recuperar el crédito más alta será la tasa de interés para el deudor, lo que a la larga afecta a los mismos deudores.⁶⁹⁵

Conforme a lo expuesto podemos observar dos posiciones, la del Doctor ROJAS quien señala que la norma puede tener objetivos complementarios y estos no resultan incompatibles, sólo que se necesita una adecuada interpretación de quien aplique la norma. Y por otro lado, la posición de los Doctores EZCURRA, SILVA y CAMPODÓNICO quienes sostienen que el objetivo de la norma debe ser claro: *proteger el crédito*. En efecto, consideramos que la norma tenía más de un objetivo y que según la interpretación dada éstos podían resultar incompatibles en algunos casos y compatibles en otros. En consecuencia, nos sumamos a lo referido por los Doctores SILVA y EZCURRA: “la norma

⁶⁹² Cf. EZCURRA, Huáscar, ROJAS, Juan Francisco y SILVA, Hugo. Mesa Redonda: “Apreciaciones de un debate inconcluso. Los múltiples objetivos de una ley concursal con una única finalidad”, *En: Ius Veritas*, Lima, N° 27, 2003, pp, 291-296.

⁶⁹³ CAMPODÓNICO MACAZANA, Humberto. “Cambiando de objetivos, un paso adelante. A propósito de las recientes modificaciones a la Ley General del Sistema Concursal”. *En: Jus Doctrina & Jurisprudencia*, Lima, N° 7, 2008, p, 540.

⁶⁹⁴ Cf. Ídem. p. 542.

⁶⁹⁵ Cf. Ídem. pp. 534-544.

debe mandar señales claras”, que permitan a sus actores saber indubitadamente cómo será aplicada. Nos parece adecuada la modificación del Decreto Legislativo 1050 que modifica al artículo I de la LGS⁶⁹⁶ donde *el objetivo es la recuperación del crédito*.

Por otro lado, el Doctor SILVA advierte que una mejor redacción del objetivo de la norma sería “*garantizar a los acreedores la recuperación de sus créditos*”, pues al hacer referencia la norma a “*la asignación eficiente de recursos a fin de conseguir el máximo valor posible del patrimonio del deudor*” podría ser perjudicial, ya que aún cuando se demuestre que la decisión de los acreedores mayoritarios es ineficiente o no maximiza el valor del negocio, la decisión de reestructurar o liquidar la empresa debe recaer sólo en los acreedores y no en la Autoridad.⁶⁹⁷ Al respecto, nosotros consideramos que la redacción de la norma es adecuada, puesto que como ya lo afirmó el Doctor ROJAS, no siempre los acreedores se inclinarán por la mejor decisión. Entonces si se busca recuperar el crédito es necesario tomar las medidas adecuadas para que la decisión de los acreedores tenga el efecto de conseguir el máximo valor posible del patrimonio del deudor y en ocasiones no basta con darles incentivos a los acreedores para que tomen la decisión más eficiente porque siempre existirán factores externos, tales como, el tiempo que demora una reestructuración, la fuga o depreciación de activos y otros obstáculos que podrían conducir a los acreedores a tomar la vía más rápida y segura.

Si bien el Doctor EZCURRA considera que la norma debe proteger el crédito *ex ante* y *ex post*, y dejar total libertad a los acreedores para la decisión, nosotros consideramos que esa libertad debe tener un límite que se encuentra cuando la decisión de los acreedores condena a liquidar una empresa que es viable, es decir, cuando éstos no tomen la decisión más eficiente. Nuestra postura también puede entenderse como una medida de protección al

⁶⁹⁶ Cabe señalar que el problema de la incompatibilidad de los objetivos de la norma concursal, fue resuelto por la propia autoridad concursal en la Resolución N° 0377-2004/SCO-INDECOPI del 22 de Junio del 2004, donde señaló: “El carácter perentorio de los plazos regulados en la Ley General del Sistema Concursal busca disuadir la incorrecta utilización de los procedimientos concursales y generar incentivos para que las partes actúen con diligencia y adopten oportunamente las decisiones empresariales correspondientes en el marco de negociación de la junta de acreedores. *Ello teniendo en cuenta que el propósito esencial del régimen concursal es la maximización del valor del negocio en concurso a fin de garantizar una eficiente recuperación de los créditos involucrados en el proceso. (...)*”. (Las cursivas son nuestras). César, Higa Silva. Título Preliminar: “Objetivo de la ley”. ESPINOZA, Juan y ATOCHE, Paola (Coordinadores). En: *Ley General del Sistema Concursal. Análisis Exegético*, Lima: Editoras Rodhas, 2011, p, 30.

⁶⁹⁷ Ídem., p, 31.

crédito, ya que los acreedores sabrán que siempre se tomará la decisión que privilegie el máximo valor del patrimonio del deudor y no encontrarse sometidos a una decisión caprichosa o malintencionada de algún acreedor o grupo de acreedores con mayor poder de decisión en la Junta.

1.2.2. Principios del procedimiento concursal en el Perú.-

Artículo III.- Principio de privatización del proceso

“La viabilidad de los deudores en el mercado es definida por los acreedores involucrados en los respectivos procedimientos concursales, quienes asumen la responsabilidad y consecuencias de la decisión adoptada.”

La norma plasma este principio en el ordenamiento peruano cuando nos señala que la decisión del destino del deudor será tomada por la Junta de Acreedores. Si bien esta decisión se dará dentro de un procedimiento administrativo ante INDECOPI, éste, en principio⁶⁹⁸, no podrá interferir en esa decisión.

El Doctor FLINT señala que *“el sistema concursal peruano ha privatizado en gran medida el proceso. Si bien el INDECOPI actúa de foro entre acreedores y deudor, es también cierto lo siguiente. No es un foro equilibrado de negociación. El poder radica en los acreedores pues pueden despojar al empresario de su negocio”*.⁶⁹⁹

Es importante recordar que en los procesos administrativos, en principio, la decisión final la tomará un tercero ajeno al conflicto o incertidumbre jurídica, sin embargo, en el procedimiento concursal es un caso particular porque las decisiones serán tomadas por la Junta de Acreedores, siempre que cumpla con los requisitos establecidos en la LGSC.⁷⁰⁰

⁶⁹⁸ Recordemos que hay causales que la norma contempla donde sólo es posible liquidar a la empresa, sin dar posibilidad de decidir por una reestructuración a los acreedores.

⁶⁹⁹ FLINT, Pinkas. Tratado de Derecho Concursal. Vol I, Lima: Editora Jurídica GRILEY, 2004, p. 200.

⁷⁰⁰ Cf. ESPINOZA, Juan y ATOCHE FERNÁNDEZ, Paola, *“Decisión sobre el destino del deudor”*. Op. cit., p. 48.

En conclusión, el procedimiento concursal se encuentra privatizado porque las decisiones son tomadas por la junta de acreedores y el INDECOPI es el órgano encargado de fiscalizar.⁷⁰¹

Artículo IV.- Universalidad

“Los procedimientos concursales producen sus efectos sobre la totalidad del patrimonio del deudor, con las excepciones establecidas expresamente por la ley”

En virtud del principio de universalidad la totalidad del patrimonio del deudor queda comprometido en el concurso, los acreedores podrán disponer de todo el patrimonio del deudor⁷⁰² con el fin de obtener la satisfacción de su crédito.

El patrimonio es el conjunto de bienes, derechos y obligaciones con valor económico al que el ordenamiento jurídico le atribuye caracteres y funciones especiales en virtud de un fin determinado⁷⁰³. En tal sentido, el patrimonio concursal debe abarcar todos los bienes tangibles e intangibles legales, participaciones societarias y beneficios de propiedad del deudor incluyendo los activos, derechos e intereses creados o adquiridos después de la promoción del concurso⁷⁰⁴.

Cabe señalar que este principio no implica la transferencia de propiedad de los bienes del deudor a favor los acreedores, lo que en realidad pierde el deudor es el derecho a *administrar y disponer sus bienes*, mas no el derecho de propiedad.⁷⁰⁵

La propia Ley establece excepciones a este principio, como es el caso de los bienes inembargables⁷⁰⁶ ante supuestos de personas naturales o las exclusiones de cierta clase de bienes que normas especiales de rango legal puedan determinar.^{707 708}

⁷⁰¹ Ídem., p. 50.

⁷⁰² DEL ÁGUILA, Paolo, *“Poniendo los puntos sobre las íes: objetivos, principios y líneas matrices del sistema concursal”*, En: Foro Jurídico, Revista de Derecho N° 2, 2003, Lima, p. 68.

⁷⁰³ Cf. TIRADO, Ignacio, Principio de Universalidad, En: ROJO, Ángel y BELTRÁN, Emilio, Comentario de la Ley Concursal, Ediciones Civitas, Madrid, 2006, p. 1360.

⁷⁰⁴ Sistemas de Insolvencia Efectivos: Principios y Líneas rectoras (Borrador de Consultas del Banco Mundial), Octubre de 2000, Consultada el 05.10.2012. http://www1.worldbank.org/finance/assets/images/DL_2_2_spanish.pdf >

⁷⁰⁵ Cf. BONIFANTI Y GARRONE, citando a PROVINCIALI, “Concursos y Quiebra”, Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1978, p. 49.

Artículo V.- Colectividad

“Los procedimientos concursales buscan la participación y beneficio de la totalidad de los acreedores involucrados en la crisis del deudor. El interés colectivo de la masa de acreedores se superpone al interés individual de cobro de cada acreedor.”

Este principio encierra dos objetivos fundamentales: llamar a participar al procedimiento a todos los acreedores del deudor y privilegiar el beneficio colectivo sobre el beneficio individual.

El Doctor D'ONOFRIO⁷⁰⁹ afirma que este principio podría ser dividido en dos sub principios: i) el *principio de integración* y ii) el *principio del interés colectivo*. Por el *principio de integración* podemos entender que es la necesidad de que el procedimiento concursal involucre a todos los acreedores del deudor sometido al concurso⁷¹⁰, sin embargo, cabe señalar que sólo participarán los que reúnen las condiciones que la norma concursal establece.⁷¹¹ Respecto al *principio de interés colectivo* se observan dos aspectos, estos son, la búsqueda de la satisfacción de los intereses de todos y la priorización del interés de la colectividad sobre el interés de los acreedores individuales. En aplicación al primer aspecto, las normas de la LGSC deben ser interpretadas de modo que se procure que todos y cada uno de los acreedores obtenga el mayor beneficio posible del desarrollo del procedimiento concursal. Por su parte, el segundo aspecto se refiere a que se privilegie el interés de la colectividad sobre el interés individual.⁷¹²

Al respecto, nos dice el Doctor BISBAL⁷¹³: *“si existiría un mundo en el que todas las crisis económicas enfrentarían al deudor con un solo acreedor, no habría necesidad de elaborar*

⁷⁰⁶ Ver los bienes inembargable en artículo 648 CPC.

⁷⁰⁷ Ver el artículo 14.1 LGSC.

⁷⁰⁸ DEL ÁGUILA, Paolo, “Poniendo ... Op. cit. p, 69.

⁷⁰⁹ D'OFRIO, Paolo Robilliard. “Colectividad”. ESPINOZA, Juan y ATOCHE FERNÁNDEZ, Paola. *Ley General del Sistema Concursal: Análisis exegético*. Lima: Editorial Rodhas, 2011, p, 63.

⁷¹⁰ Ídem., p, 63.

⁷¹¹ Artículo 15.1. LGSC.

⁷¹² D'OFRIO, Paolo Robilliard. Op. cit. p, 67-68.

⁷¹³ BISBAL, Joaquín, citado por DEL ÁGUILA, Paolo. Op. cit. p, 69.

un sistema concursal. El acreedor que se hallara ante un deudor incapaz de satisfacer su crédito en el plazo previsto, solo podría elegir entre liquidar el patrimonio del deudor y obtener un porcentaje de su crédito, o esperar la recuperación económica de su deudor (...) cuando los acreedores son más de uno, las alternativas que cada uno tiene dependen de otros factores”, en consecuencia, todo proceso concursal es por naturaleza colectivo.⁷¹⁴

En nuestra norma concursal el principio de colectividad se observa cuando: i) se procura la participación de todos los acreedores que al momento de hacerse pública la apertura del proceso tienen algún derecho pendiente de pago; ii) se busca el mayor beneficio de todos y cada uno de los acreedores concursales; y iii) se prioriza el interés de la colectividad de acreedores concursales sobre los intereses individuales de cada uno de ellos.⁷¹⁵

Artículo VI.- Proporcionalidad

“Los acreedores participan proporcionalmente en el resultado económico de los procedimientos concursales, ante la imposibilidad del deudor de satisfacer con su patrimonio los créditos existentes, salvo las ordenes de preferencia establecidas expresamente en la presente ley”.

Este principio consiste en que los acreedores al interior del procedimiento deben participar proporcionalmente del resultado económico del procedimiento, ante la imposibilidad de que el patrimonio del deudor pueda satisfacer todos los créditos contraídos. Por lo que los acreedores deben asumir la crisis y redistribuir las pérdidas del modo más eficiente.

Se basa en la regla de la distribución equitativa de las ganancias o pérdidas entre todos los acreedores; no obstante, los privilegios de los acreedores de acuerdo con la naturaleza de su crédito deben ser respetados.⁷¹⁶

El principio de proporcionalidad establecida en la LGSC equivale al principio de igualdad, también denominado la “*par conditio creditorum*” -puesto que a los acreedores se les debe

⁷¹⁴ *Ibíd.*

⁷¹⁵ Cf. D’OFRIO, Paolo Robilliard. Op. cit. p, 69.

⁷¹⁶ AROSEMENA HAGUE, Geraldo, “Proporcionalidad”. ESPINOZA, Juan y ATOCHE FERNÁNDEZ, Paola, Op. cit.,p, 70.

dar un trato igualitario en la distribución de las pérdidas- se contrapone al principio común establecido en el Código Civil “primero en el tiempo primero en el derecho” o *prior in tempore potior in iure*, es decir, quien llega primero cobra antes, lo que implicaría que los demás acreedores deben conformarse con lo que sobre del patrimonio concursado.⁷¹⁷

La Comisión de Procedimientos Concursales de INDECOPI ha comentado brevemente en una de sus resoluciones el Principio de Proporcionalidad como aquel en el cual “*los acreedores participan en el resultado económico de los procedimientos concursales en forma proporcional a sus créditos reconocidos y, de igual forma, participan en la adopción de acuerdos en la Junta de Acreedores*”⁷¹⁸.

La LGSC flexibiliza este principio al establecer un sistema de privilegios y/o preferencias respecto de algunos acreedores, por ejemplo, el orden de prelación establecido para el pago de los créditos en caso se proceda a una disolución y liquidación del patrimonio del deudor.

Artículo VII.- Inicio e impulso de los procedimientos concursales.

“Los procedimientos concursales se inician a instancia de parte interesada ante la autoridad concursal.

El impulso de los procedimientos concursales es de parte. La intervención de la autoridad concursal es subsidiaria.”

En nuestro ordenamiento en el proceso civil y administrativo la actuación del Estado tiene su base en los principios de oficiosidad y el inquisitivo, así es la autoridad estatal la que inicia e impulsa el proceso⁷¹⁹, dentro del Sistema concursal el Estado juega un papel aparentemente subsidiario.

Este principio nos revela que los intereses en juego no son los que normalmente se están en un procedimiento administrativo, entonces la regla de la oficiosidad no rige. Si bien el Estado-administrador se preocupa por la “*buena salud*” de los operadores económicos

⁷¹⁷ *Ibíd.*

⁷¹⁸ Resolución N° 8913-2006/CC-INDECOPI, citada por AROSEMENA HAGUE, Gerardo. “Proporcionalidad”. ESPINOZA, Juan y ATOCHE FERNÁNDEZ, Paola, Op. cit., p, 72.

⁷¹⁹ CASTELLANOS SÁNCHEZ, Luis Fernando. Op. cit. p. 221.

privados, el tratamiento de sus posibles “*enfermedades*” quedan a los que se perjudican con ellas. Bajo esta óptica se puede inferir que para la ley concursal los intereses en juego son primordialmente intereses privados.⁷²⁰

Bajo esta línea de argumentación son los interesados, entiéndase deudor y acreedor, los que deben darle vida al proceso, porque son ellos quienes tienen los mayores incentivos para tomar las mejores acciones dentro del proceso.⁷²¹ Además se les impone la responsabilidad de conducir el proceso de modo diligente y celeré para cumplir su finalidad y alcanzar los objetivos perseguidos por la norma.⁷²²

No obstante hay un caso en que el procedimiento se activa pese a la inexistencia de una solicitud del propio deudor o de los acreedores: el contemplado en el artículo 692-A CPC. Este artículo señala que la autoridad concursal debe promover un concurso cuando el juez que está conociendo una ejecución singular haya declarado al ejecutado en “disolución y liquidación” debido a que éste no señaló los bienes libres de gravámenes o bienes parcialmente gravados por él previamente requerido. En este sentido el procedimiento no se inicia por la parte interesada, sino que es el juez quien solicita a la autoridad concursal la apertura de dicho procedimiento.⁷²³

Asimismo, este principio también menciona la posibilidad subsidiaria de la actuación Estatal, pero que a veces termina por hacer dudar que el impulso “de parte” sea la regla. Por ejemplo, se observa en el artículo 43°, pasados los 10 días de la publicación de las resoluciones de reconocimiento de créditos, la Comisión dispone (se supone de oficio) la convocatoria a la junta de acreedores poniendo a disposición del responsable un aviso a publicarse en El Peruano; si este no lo publica, la propia administración debe efectuar la publicación (art. 138). Además otros supuestos como los artículos 96 a 98, según los cuales

⁷²⁰ Cf. ARIANO DEHO, Eugenia. “Inicio e impulso en los procedimientos concursales”. ESPINOZA, Juan y ATOCHE FERNÁNDEZ, Paola, Op. cit., p. 74.

⁷²¹ Cf. CASTELLANOS SÁNCHEZ, Luis Fernando. Loc. Cit.

⁷²² Resolución N° 0532-2008/TDC-INDECOPI del 12 de marzo del 2008. Expediente N° 247-2001/CRP-ODI-ULI. Banco de Crédito del Perú vs. Raúl Ayvar Cevallos, p. 9.

⁷²³ Cf. ARIANO DEHO, Eugenia. Loc. Cit. p. 76.

frente a la inactividad de la Junta de Acreedores, la propia Comisión debe declarar de oficio la disolución y liquidación del deudor (art. 96.1).⁷²⁴

Al respecto, consideramos que es innegable el bienestar que genera la empresa en la sociedad, tanto por su labor social a través de los programas de responsabilidad empresarial, y el bienestar que causa a la economía del país, por ello consideramos que el fundamento de este principio no tiene su base en que al Estado no le importa sus enfermedades, todo lo contrario, sí le importa es por ello regula estos problemas y activa sus mecanismos para buscar una solución a “*las enfermedades*” de la empresa, pero sabe que en esta situación son los privados los que tienen mayores incentivos para tomar las mejores decisiones.

Artículo VIII.- Conducta Procesal

“Los sujetos del procedimiento, sus representantes, sus abogados y, en general todos los partícipes del procedimientos concursales, deben adecuar su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe. La temeridad, mala fe o cualquier otra conducta dolosa son objeto de sanción, de acuerdo a la Ley.”

Sabemos que la norma concursal busca crear un escenario donde los costes de transacción se vean reducidos, a fin de que los agentes del mercado puedan negociar para llegar a una decisión más eficiente, en tal sentido, es consecuente que establezca parámetros de conducta a los usuarios del sistema.

Es así que la actuación de los sujetos del procedimiento debe adecuarse a los deberes de veracidad, que consiste en expresar la verdad en las actuaciones administrativas; el deber de probidad, que consiste en actuar con integridad en el procedimiento concursal; el deber de lealtad, es un refuerzo de la exigencia de actuar con veracidad y probidad; y, el deber de buena fe, *es un concepto jurídico indeterminado que le da al actuar de los operadores jurídicos un contenido moral; así podemos incluir aquí la buena fe procesal que Picó I*

⁷²⁴ Ídem., p. 77.

*Junoy señala: “(...) la buena fe procesal puede definirse como aquella conducta exigible a toda persona, en el marco de un proceso por ser socialmente, admitida como correcta”.*⁷²⁵

Consecuentemente si los administrados no siguen estos parámetros de conducta la norma debe establecer sanciones. No obstante, la norma concursal no ha desarrollado adecuadamente las actuaciones que puedan considerarse lesivas a estos deberes morales, la regulación de los remedios o sanciones para los comportamientos contrarios a estos principios es deficiente.⁷²⁶

Artículo IX.- Integración de la norma

“La autoridad concursal no podrá dejar de resolver por defecto o deficiencia de las normas. En tal caso, aplicará los principios generales del derecho, específicamente aquellos que inspiran el Derecho Concursal.”

Ya hemos observado que el Derecho Concursal se nutre de otras instituciones del Derecho, tales como, el Derecho Constitucional, el Derecho Mercantil, el Derecho Procesal, el Derecho Administrativo, el Derecho Civil, entre otros. En consecuencia, no se puede argumentar una falencia o deficiencia en el ordenamiento concursal para dejar de resolver situaciones jurídicas de su competencia ya que la autoridad administrativa podrá apoyarse en otras ramas del Derecho.⁷²⁷

Este principio se encuentra regulado en el artículo 139, numeral 8 de la Constitución Política del Perú, el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil, el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y el artículo VIII del Título Preliminar de la Ley General del Procedimiento Administrativo, señala que se recurrirá a la integración de la norma para resolver todo lo que este dentro de su competencia.

⁷²⁵ PRIORI POSADA, Giovanni. En: “Conducta Procesal”. ESPINOZA, Juan y ATOCHE FERNÁNDEZ, Paola, Op. cit., p, 81-82.

⁷²⁶ Cfr. Ídem., p. 83.

⁷²⁷ CASTELLANOS SÁNCHEZ, Luis Fernando. Op. cit., p, 223.

Así se observa que la autoridad administrativa debe recurrir a los principios generales del Derecho, en especial a los que inspiran el régimen concursal a fin de proceder con los actos administrativos de su competencia.⁷²⁸

“Artículo X.- Rol Promotor del Estado

El Estado, a través del INDECOPI, facilita y promueve la negociación entre acreedores y deudores, respetando la autonomía privada respecto de las decisiones adoptadas en los procedimientos concursales con las formalidades de ley.”

Tal como se ha observado, uno de los grandes avances en nuestro sistema concursal es la privatización de los procedimientos concursales, son los acreedores los más afectados con la crisis del deudor y por tanto quienes tienen mejores incentivos para tomar las decisiones más eficientes respecto al destino del patrimonio del deudor. Es así que le corresponde a INDECOPI, representando al Estado, facilitar y promover un escenario apropiado para dicha negociación, debiendo en todo momento tener un papel subsidiario.

El Doctor DEL ÁGUILA afirma: *“el Estado debe orientar sus esfuerzos a dos actividades medulares durante todo el procedimiento: (i) facilitar y promover la negociación de los particulares, entendiéndose deudor y acreedores, brindándoles reglas de juego sencillas y transparentes que reduzcan sus costos de transacción; y (ii) respetar la autonomía privada de los acreedores referidas a las decisiones que tomen en Junta, sin enervar esto último las facultades de control ex post que tiene INDECOPI para asegurar la legalidad de los acuerdos, resguardar derechos de todos los acreedores y cautelar las formalidades esenciales del procedimiento.”*

En tal sentido, el Estado tiene dos funciones de facilitar y promover el escenario para las negociaciones y supervisar ex post la legalidad de los acuerdos que se lleguen en las mismas.

⁷²⁸ *Ibíd.*

1.2.3. Mecanismos de protección del patrimonio del deudor en el Sistema Concursal.-

De acuerdo con lo ya expuesto, los procedimientos concursales son de naturaleza excepcional que buscan regular las relaciones entre deudor y acreedor en aquellas situaciones en que el patrimonio del deudor resulta insuficiente para satisfacer el íntegro de las obligaciones de naturaleza económica asumidos frente a sus acreedores.⁷²⁹

Es así, que al declararse la apertura del concurso se genera en los acreedores *“una especie de carrera por cobrar primero, en la que todos procuran ejecutar el patrimonio de su deudor y cobrar lo antes posible”*. En consecuencia cobrarán aquellos acreedores que tengan más recursos y una mejor asesoría, dejando a los demás acreedores sin una vía adecuada para el tratamiento de su problema. Al iniciarse dicha carrera el patrimonio de la empresa será inevitablemente canibalizado por los acreedores con mayores recursos.⁷³⁰

Para evitar dicho escenario, se suele establecer en los ordenamientos concursales los siguientes mecanismo de protección del patrimonio del deudor: (i) suspensión de exigibilidad de las obligaciones del deudor; (ii) generación de un marco de protección e intangibilidad sobre los bienes que integran el patrimonio del deudor;⁷³¹ y (iii) *periodo de sospecha e Ineficacia de los actos del deudor*. A través de ellos se busca evitar que los acreedores puedan actuar individualmente en cualquier vía para recuperar su crédito y que el deudor pueda disponer libremente de su patrimonio perjudicando a sus acreedores.

(i). Suspensión de exigibilidad de las obligaciones del deudor.-

Es uno de los mecanismos para lograr que los acreedores actúen de modo colectivo y coordinado mientras dure el procedimiento concursal. A razón de esta medida los acreedores comprendidos en el concurso quedan imposibilitados para actuar de modo

⁷²⁹ Cf. SCHMERLER VAINSTEIN, Daniel. “Implicancias de la Suspensión de Exigibilidad de Obligaciones y de la Protección del Deudor Concursado en el Perú”. En: *Derecho y Sociedad*, Lima, N° 34, 2010, p, 295.

⁷³⁰ EZCURRA RIBERO, Huáscar. *“La Ley de Reestructuración Patrimonial: Fundamentalmente un instrumento de reducción de costos de transacción”*. Derecho Concursal- Estudios Previos y posteriores a la nueva Ley Concursal. Palestra Editores S.R.L. Lima, 2002, pp. 24-25.

⁷³¹ Cf. SCHMERLER VAINSTEIN, Daniel. Loc. Cit. p, 296

individual y deben someterse a las reglas de actuación colectivas propias del procedimiento concursal.⁷³²

Nos señala, el Doctor SCHMERLER, que *“esta suspensión tiene como propósito central el relativo a dotar de viabilidad el desarrollo del procedimiento concursal, forzando a que cualquier decisión sea adoptada por el conjunto de los acreedores en la vía de negociación dentro de un marco de una Junta de Acreedores, respecto a un patrimonio íntegro e intacto”*.⁷³³ Asimismo, afirma que la norma no sólo se dirige a los acreedores para lograr dicho propósito, sino también a los funcionarios (magistrados, árbitros o jueces), que tengan a su cargo un procedimiento de cobro por un particular, deberán abstenerse de disponer alguna medida que disminuya el patrimonio del deudor concursado.⁷³⁴

El artículo 17 de LGSC dispone que este mecanismo empezará a regir a partir de la fecha de publicación del inicio del procedimiento concursal en el diario oficial El Peruano, quedando suspendida la exigibilidad de todas aquellas obligaciones a cargo del deudor (se encuentren vencidas o no)⁷³⁵ generadas hasta dicha fecha de publicación. Asimismo señala que no se devengarán intereses moratorios ni se capitalizarán los adeudos.

La norma bajo comentario resulta acertada al indicar que no tiene efecto de novación, puesto que no se está alterando ninguna característica o cualidad intrínseca de las prestaciones a cargo del deudor, sino solo su temporalidad. Luego en la Junta de Acreedores se establecerá la nueva fecha en la que deberá realizarse el pago de las obligaciones concursales.⁷³⁶

Es importante señalar el carácter temporal de esta medida, la suspensión durará hasta que la Junta de Acreedores apruebe el Plan de Reestructuración Patrimonial, el Acuerdo Global de

⁷³² *Ibíd.*

⁷³³ *Ibíd.*

⁷³⁴ *Ídem.*, p. 197.

⁷³⁵ Cabe señalar que en el artículo 15 de la LGSC nos señala que los créditos comprendidos en el concurso son todas aquellas obligaciones del deudor originadas hasta la fecha de publicación establecida en el artículo 32, por lo que se concluye que comprende a todas las obligaciones se encuentren vencidas o no.

⁷³⁶ *Ídem.*, p. 297.

Refinanciación o el Convenio de Liquidación, donde se establezcan las nuevas condiciones que serán oponibles a todos los acreedores.

De acuerdo con lo expuesto, este mecanismo busca generar un espacio idóneo para la negociación que permita al colectivo de acreedores reunidos en junta adoptar las decisiones esenciales para el procedimiento, tales como, nuevos acuerdos que les permitan satisfacer sus créditos.⁷³⁷

Finalmente, cabe señalar que la inexigibilidad de las obligaciones no afecta que los acreedores puedan dirigirse contra el patrimonio de los terceros que hubieran constituido garantías reales o personales a su favor, como respaldo respecto a las obligaciones del concursado. Dicho garante se subrogará de pleno derecho en la posición del acreedor original.⁷³⁸

(ii). Marco de protección patrimonial.-

Es uno de los mecanismos regulados en la norma concursal para alcanzar el objetivo de que los acreedores actúen de manera colectiva y coordinada. No obstante, debemos notar que es diferente a la suspensión de exigibilidad de las obligaciones, puesto que aquí las medidas se dirigen a las obligaciones del deudor, en cambio en el marco de protección patrimonial, las medidas están provistas a proteger todo el patrimonio del mismo.⁷³⁹

Como consecuencia de este mecanismo los acreedores comprendidos en el procedimiento concursal quedan impedidos de solicitar el pago de sus créditos específicamente en el ámbito de los procesos en que puedan ejecutarse bienes pertenecientes al deudor sometido a concurso. Asimismo, las autoridades que estuviesen en la posibilidad de dictar alguna medida cautelar respecto de los bienes del deudor concursado deberán abstenerse de hacerlo una vez que se difunda la situación de concurso; no obstante, si dichas medidas ya han sido ordenadas, no deberán ser trabadas. Esta disposición no alcanza las medidas

⁷³⁷ Ídem., p. 299.

⁷³⁸ *Ibid.*

⁷³⁹ Ídem., p. 300-301.

pasibles de registro ni cualquier otra que no signifique desposesión de los bienes del deudor o las que por su naturaleza no afecten el funcionamiento del negocio, las cuales podrán ser ordenadas y trabadas pero no podrán ser materia de ejecución forzada.⁷⁴⁰

En caso se haya dictado una medida cautelar contraviniendo la regla de intangibilidad del patrimonio, la norma exige que se deje sin efecto dicha medida y se disponga la entrega del respectivo bien a quien ejerza la administración del patrimonio del concursado (art. 18.3).

Cabe señalar que la norma hace una excepción respecto a los créditos post concursales, cuyos titulares podrán dirigirse contra el patrimonio del deudor puesto que estos créditos fueron devengados con posterioridad a la fecha de publicación del procedimiento concursal y no se hayan comprendidos dentro de los alcances del concurso.⁷⁴¹

Se observa, asimismo, en la norma otra excepción respecto al supuesto de las denominadas “garantías cruzadas”. Esta se presenta en los casos en que *“el garante (propietario de un bien que respalda una obligación de una persona distinta a él) fuese declarado en situación de concurso y el sujeto deudor (respaldado con la garantía otorgada por la persona luego sometida a concurso) no honra su compromiso de pago, el acreedor en aplicación de este supuesto excepcional del artículo 18.6, estará en posibilidad de dirigirse contra el garante y actuar respecto a su patrimonio pese a encontrarse tal garante en situación de concurso”*.⁷⁴²

(iii) Periodo de sospecha e Ineficacia de los actos del deudor.-

Son mecanismos para proteger las exceptivas de cobro de los acreedores frente a los posibles actos de disposición que realiza el deudor en desmedro de su patrimonio.

⁷⁴⁰ Cabe señalar que si pueden lograrse dichas medidas no tendrán algún efecto ya que no pueden ejecutarse y de llegar a una disolución y liquidación el artículo 42 sólo da el tercer orden de prelación a las medidas cautelares trabadas con anterioridad a la fecha de publicación del inicio del procedimiento concursal. Entonces ¿cuál es la utilidad de alcanzar dicha medida? *Ibíd.* p, 302.

⁷⁴¹ Cabe señalar que si en la Junta de Acreedores se llega a la decisión de la disolución y liquidación del negocio, estos créditos serán atraídos por el fuero de atracción concursal no siendo posible ejecución patrimonial alguna. *Ibíd.* p, 303.

⁷⁴² *Ibíd.*

El *periodo de sospecha* es un mecanismo que permite cuestionar los actos de disposición del patrimonio celebrados por deudor durante un determinado periodo de tiempo, a fin de evitar que estos actos puedan ocasionar un perjuicio a sus acreedores. Es una figura íntimamente ligada a los procedimientos concursales, para que este mecanismo se active el deudor debe estar sometido a un procedimiento concursal previsto bajo la LGSC.⁷⁴³

Los artículos 19 y 20 regulan el periodo de sospecha que puede dividirse en dos periodos. El primer periodo de aplicación intenta evitar la celebración de actos perjudiciales para el patrimonio con anterioridad al inicio del procedimiento; y, el segundo periodo que guarda el mismo propósito respecto de los actos celebrados con posterioridad al inicio del concurso y hasta que se produzca el desapoderamiento del deudor.

Respecto al primer periodo el artículo 19.1. de la LGSC señala que el juez -a solicitud de un o varios acreedores y/o de la administración o liquidador a cargo del deudor- podrá declarar la ineficacia de aquellos actos que perjudiquen el patrimonio del deudor, siempre que se trate de actos realizados dentro del año anterior a: (i) la fecha en que el deudor solicitó el inicio del Procedimiento Concursal Ordinario; (ii) la fecha en que el deudor fue notificado con la resolución que lo emplaza para que se apersona al procedimiento; o la fecha en que el deudor fue notificado del inicio de su disolución y liquidación⁷⁴⁴. Aquí el periodo de sospecha “*opera mediante la retroacción de los efectos del concurso, alcanzando los actos realizados por un deudor en un periodo anterior a declaración, privándoles de efectos con relación a los acreedores (...)*”.⁷⁴⁵

Los referidos actos para ser declarados ineficaces además de estar comprendidos dentro de dicho periodo de tiempo, no deben encontrarse comprendidos dentro del desarrollo normal de la actividad del deudor y deben significar un perjuicio para el patrimonio.⁷⁴⁶

⁷⁴³ BENAVIDES KOLIND-HANSEN, Lisbeth. “El Periodo de Sospecha en la Ley General del Sistema Concursal”. En: Revista de Derecho Administrativo, Lima, N° 11, 2011, p. 314.

⁷⁴⁴ Ídem., p. 315.

⁷⁴⁵ GRILLO, Horacio, citado en la Exposición de Motivos del artículo 19 de la LGSC.

⁷⁴⁶ BENAVIDES KOLIND-HANSEN, Op. cit., p. 315.

El segundo periodo se encuentra regulado en el artículo 19.3 de la LGSC que dispone que el juez podrá declarar ineficaces los actos jurídicos celebrados en el periodo transcurrido entre: (i) la fecha en que el deudor solicitó el inicio del procedimiento concursal ordinario; (ii) la fecha en que el deudor fue notificado con la resolución que lo emplaza para que el deudor se apersona al procedimiento; o, la fecha en que el deudor fue notificado del inicio de su disolución y liquidación; y la fecha en que la Junta de Acreedores nombre o ratifique a la administración del deudor o apruebe y suscriba el Convenio de Liquidación. A diferencia del primer periodo, en este segundo momento los acreedores sólo podrán cuestionar los actos que se encuentran tipificados en el artículo bajo comentario⁷⁴⁷, la norma no señala que se deba probar el perjuicio que estos actos causan al patrimonio aquí hay una presunción *iure et de iure*.

Finalmente, la norma ha dispuesto proteger al tercero de buena fe que contrate con el deudor por encima de los acreedores, siempre que: (i) el tercero haya adquirido el derecho del deudor de conformidad con el Principio de Buena Fe Registral recogido en el artículo 2014°; (ii) el tercero haya obtenido la inscripción de su derecho en Registros Públicos; y (iii) la adquisición se haya realizado a título oneroso.⁷⁴⁸

De ello se puede concluir que hay una presunción de buena fe del tercero adquirente, quien desee hacer uso de la acción de ineficacia alegando la mala fe de éste debe probarlo. Asimismo, el tercero de buena fe que adquirió *a título gratuito* un derecho del deudor y logró escribirlo quedará desprotegido. Es entendible este límite a la ineficacia concursal ya que tiene como finalidad proteger la seguridad jurídica de las transacciones en el mercado.⁷⁴⁹

La *ineficacia concursal* debe quedar diferenciada de la nulidad contemplada en el Código Civil. En la Ley de Reestructuración Patrimonial se preveía la nulidad como sanción para aquellos actos cuestionados bajo el periodo de sospecha, en cambio, la LGSC acertadamente introdujo el cambio por la acción de ineficacia.

⁷⁴⁷ Ídem., p. 318.

⁷⁴⁸ Ídem., pp. 320-321.

⁷⁴⁹ *Ibíd.*

Así, en la exposición de motivos de LGSC se expone el por qué de dicho cambio: *“Resultaba inexacto reputar como nulos a aquellos actos de disposición efectuados por el deudor durante el periodo de sospecha, toda vez que el problema giraba más bien a un asunto de ineficacia estructural. El supuesto de nulidad se da cuando el negocio jurídico se forma contraviniendo normas imperativas, cosa que no ocurre en los actos celebrados por el deudor en tal periodo. La ineficacia aquí planteada es la del acto de disposición que realiza con un tercero, en detrimento o fraude de sus acreedores”*

En tal sentido, los actos que resultan afectados por el periodo de sospecha son actos que han sido válidamente realizados y no tienen algún vicio estructural u originario, *“(…) es un problema de ineficacia funcional por causa sobreviniente al negocio (…)”*⁷⁵⁰, si el deudor no hubiera sido sometido a un procedimiento concursal éstos habrían mantenido su plena vigencia y eficacia.⁷⁵¹

Los efectos de la declaratoria de ineficacia en virtud del periodo de sospecha, se encuentran regulados en el artículo 20.2 de la LGSC que contempla que una vez que el juez declare la ineficacia de dichos actos, el adquirente de los bienes o derechos deberá integrar los mismos a la masa, de modo que éstos sean destinados al pago de los créditos concursales conforme al Plan de Reestructuración o Convenio de Liquidación. No obstante, dicho adquirente (si el acto ha sido celebrado a título oneroso) podrá reclamar la devolución de la contraprestación pagada al deudor, obteniendo sí una acreencia frente al mismo deudor concursado.⁷⁵²

La medida adoptada por el juez de reintegrar los bienes a la masa concursal beneficiará al colectivo de acreedores, aún cuando es posible que un solo acreedor haya impulsado el proceso de ineficacia concursal asumiendo todos los costos que ello implica. Este es quizá

⁷⁵⁰ PUELLES, Guillermo. “Al filo de la Sospecha. La Ineficacia de los Actos del Deudor en Concurso”. En: ADVOCATUS Nueva Época, Lima, N° 18, p. 290.

⁷⁵¹ BENAVIDES KOLIND-HANSEN, Lisbeth. Op. cit., p. 322.

⁷⁵² *Ibíd.*

uno de los motivos por los cuales los acreedores difícilmente hacen uso de este mecanismo.⁷⁵³

Al respecto, la Doctora BENAVIDES propone como solución que “(...) -en los supuestos de liquidación- se debería facultar al acreedor para cobrar (en primer orden de prelación o como si fueran Gastos de Liquidación) el monto de los gastos incurridos al demandar la ineficacia de un determinado acto, siempre que dicha demanda haya sido declarada fundada (...)”.⁷⁵⁴

La referida autora observa que la LGSC no establece un plazo de prescripción de la acción de ineficacia y considera que la misma no podrá ejercerse por siempre, es por ello que propone establecer un plazo para dicha acción. Así considera que se podría adoptar el plazo fijado en el Código Civil para la Acción Pauliana dado que ambas figuras tienen la misma finalidad aunque trabajan en escenarios diferentes. En tal sentido, el artículo 2001 CC establece un plazo de prescripción de dos años a la acción revocatoria que es a través de la cual los acreedores buscarían la anulabilidad de los actos del deudor en virtud de la Acción Pauliana, siendo consecuentemente este mismo plazo para dicho instrumento.⁷⁵⁵

Habiendo concluido que debe aplicarse el plazo prescriptivo de dos años a la acción derivada del periodo de sospecha, cabe preguntarnos desde cuándo debemos empezar a calcular dicho plazo. Entonces teniendo en cuenta que el periodo de sospecha se activa dentro del procedimiento concursal, y no se puede interponerse antes el recurso, lo correcto es que el plazo empiece a computarse desde que la acción pueda ser impuesta, es decir, desde la misma fecha de corte para los actos celebrados antes de la fecha de corte; y, en el caso de los actos celebrados posteriormente, el plazo prescriptivo debería empezar a computarse desde que se celebró dicho acto, o en el momento en el que el acreedor podía razonablemente tomar conocimiento de la celebración de dicho acto.⁷⁵⁶

⁷⁵³ *Ibíd.*

⁷⁵⁴ *Ibíd.*

⁷⁵⁵ *Ídem.*, p. 323.

⁷⁵⁶ *Ídem.*, p. 324.

Respecto a la competencia para declarar la ineficacia de dichos actos del deudor durante el periodo de sospecha, la norma concursal los ha mantenido en sede judicial. Al respecto, el Doctor EZCURRA manifiesta que se debió otorgar dicha facultad a la autoridad concursal, puesto esta decisión implica *“un análisis muy técnico que requiere no solo de conocimientos en materia concursal, sino eventualmente en materia económica, financiera, contable y empresarial”*.⁷⁵⁷

1.3. Procedimientos vigentes en la Ley General del Sistema Concursal.

La LGSC señala que, según sea el caso, se pueden solicitar dos clases de procedimiento: El procedimiento concursal preventivo o el procedimiento concursal ordinario. Ambos comprenden dos etapas: la etapa pre-concursal y la etapa concursal. La primera etapa se inicia con la presentación de la solicitud de apertura del procedimiento concursal ante autoridad administrativa y concluye cuando se da la difusión de la Resolución de apertura del concurso -emitida por la autoridad administrativa- en el diario oficial El Peruano. La segunda etapa se inicia a partir de la fecha de publicación de la apertura del procedimiento concursal hasta la conclusión del mismo, que podría terminar en la declaración de “Quiebra” del deudor (procedimiento judicial y residual).

La decisión de qué procedimiento solicitar dependerá del grado de crisis en que se encuentre el deudor. Antes el deudor o acreedor según su criterio decidía acogerse a un procedimiento concursal preventivo o a un procedimiento concursal ordinario, sin embargo, debido al irresponsable uso del sistema concursal⁷⁵⁸, la LGSC determina el grado de crisis en que se encuentra el deudor imponiendo barreras o filtros legales para acudir a uno u otro procedimiento, como los veremos a continuación.

1.3.1. Procedimiento Concursal Preventivo.-

⁷⁵⁷ EZCURRA RIVERO, Huáscar. “La Nueva Ley ... Op. cit. p. 516.

⁷⁵⁸ Cabe señalar que en la Ley de Reestructuración Patrimonial no se establecía estos parámetros legales, no obstante se observó que el deudor se acogía a un procedimiento preventivo cuando en realidad su situación era de una crisis aguda que requería el tratamiento en un procedimiento concursal ordinario.

El Doctor TANTALEÁN ODAR⁷⁵⁹ describe al procedimiento concursal preventivo como aquel que “*se dirige a refinanciar las deudas del insolvente, de modo que permanezca desempeñando sus actividades en el mercado*”.

En efecto, el procedimiento concursal preventivo genera un espacio de negociación entre acreedores y deudores para adoptar nuevos acuerdos sobre el pago de las acreencias (Acuerdo Global de Refinanciación), sin que ello implique un desapoderamiento del deudor de la administración de su patrimonio.

La finalidad del procedimiento concursal preventivo es evitar “*insolvencias*” o “*crisis agudas*” visibles a corto o mediano plazo, es como una “*medicina preventiva*”, busca lidiar con las “*crisis empresariales incipientes*” en este proceso la situación del deudor no es grave aún.

1.- Etapa pre concursal.-

El procedimiento concursal preventivo solo puede ser solicitado por el deudor, quien no debe encontrarse en los supuestos que permita su ingreso a un procedimiento concursal ordinario, es decir, los contemplados en el artículo 24 de la LGSC; asimismo, el deudor puede solicitar la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones para este procedimiento.

Luego de revisar los requisitos de admisibilidad para la apertura del procedimiento preventivo y verificar su cumplimiento, la Comisión de procedimientos concursales emitirá una resolución admitiendo a trámite la solicitud presentada por el deudor y dispondrá su publicación en el diario oficial El Peruano (art. 104).

Cabe resaltar que dado a que el procedimiento preventivo sólo puede ser iniciado por el deudor, en la etapa pre concursal solo participarán éste y la autoridad administrativa, siendo esta fase del procedimiento de carácter bilateral, no se permite la participación ni de acreedores ni de terceros. Por ello, de presentarse posteriormente a la difusión del

⁷⁵⁹ TANTALEÁN ODAR, Reynaldo, “*Efectos de la aprobación del acuerdo global de refinanciación*”, ESPINOZA, Juan y ATOCHE FERNÁNDEZ, Paola, Op. cit.p, 767.

procedimiento preventivo pedidos de oposición de los acreedores debieran en principio ser rechazados por la Comisión para dilación injustificada del procedimiento preventivo.⁷⁶⁰

2.- Etapa concursal.-

La publicación de la Resolución de apertura del procedimiento preventivo en el diario El Peruano da inicio a la etapa concursal.

Los acreedores hábiles para participar en Junta de Acreedores son aquellos que hayan presentado oportunamente su solicitud para el reconocimiento de sus créditos⁷⁶¹, toda solicitud de reconocimiento o ampliación de crédito presentada extemporáneamente deberá ser declarada improcedente dado que éste es un procedimiento sumario y debe ser rápido; a diferencia del procedimiento concursal ordinario donde sí se aceptan las solicitudes extemporáneas.⁷⁶²

El procedimiento preventivo está encaminado a obtener un *Acuerdo Global de Refinanciación* -cuya evaluación y aprobación corresponde a la Junta de Acreedores- documento que debe contemplar los créditos reconocidos y también incorporar los créditos que pese a no haber sido verificados por la Autoridad Concursal se hubiesen devengado hasta la fecha de difusión del procedimiento. Este Acuerdo Global de Refinanciación debe detallar como mínimo tres aspectos: el cronograma de pagos, la tasa de interés aplicable y las garantías que se ofrecerán.

La aprobación o desaprobación del Acuerdo Global de Refinanciación determinará la conclusión del procedimiento, no obstante, si el deudor solicitó la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones la Comisión podría disponer la apertura de un procedimiento concursal ordinario, si más del 50% del total de créditos reconocidos y

⁷⁶⁰ Cf. JIMENEZ CHOCANO, José Antonio. “Admisión a la solicitud”. ESPINOZA, Juan y ATOCHE FERNÁNDEZ, Paola, Op. cit.p, 758.

⁷⁶¹ De acuerdo con los términos establecidos en el artículo 34.1 de la LGSC: aquellos que se hayan presentado dentro de los treinta días hábiles siguientes a la fecha en que se publicó el aviso de la situación de concurso, más el término de la distancia, y que hayan obtenido su reconocimiento por parte de la Comisión de Procedimientos Concursales.

⁷⁶² Artículo 105 de la LGSC.

asistentes a la Junta donde se desaprobó dicho instrumento concursal acordaran el ingreso a dicho procedimiento.⁷⁶³

Al respecto, es importante comentar que se ha publicado un documento electrónico denominado “*Propuestas de Modificación de la Ley del Sistema Concursal*” en la página web del INDECOPI, en el cual se sugiere la derogación de todo el Título V correspondiente al Procedimiento Concursal Preventivo (artículo 37). El fundamento de la propuesta radica en que al ser éste un instrumento cuya finalidad es refinanciar las obligaciones del deudor para evitar una crisis financiera puede perfectamente darse a través de una negociación privada con sus acreedores estratégicos. Al no dar este procedimiento la posibilidad a los acreedores de tomar las riendas del negocio y darle ventaja al deudor de suspender por decisión propia el pago de sus obligaciones implica que los altos costos que representan este procedimiento se trasladen a los otros agentes involucrados, para el Estado, el costo de tramitar y supervisar un procedimiento que no se condice con los objetivos perseguidos por el sistema; y para los acreedores, el costo de ver postergado el pago de sus créditos a sola voluntad del deudor sin la posibilidad de ejercer un control efectivo sobre el monitoreo del proceso. Además de ello, se ha considerado que en estos quince años de existencia de este tipo de procedimientos no se ha observado resultado positivo de concursos exitosos que hayan logrado prevenir el estado de crisis.⁷⁶⁴

En nuestra opinión, el procedimiento concursal preventivo no debería ser abolido del sistema concursal peruano. Este es un procedimiento que cumple de modo ex ante con el objetivo que la norma propugna, ya que al evitar que se desencadene un estado de crisis aguda de la empresa concursada se está protegiendo de modo previo a que el crédito pueda ser perjudicado. Si logramos que este mecanismo funcione generando los incentivos adecuados para el uso eficiente del mismo, podríamos tener mejores beneficios para todos.

Deberíamos adoptar medidas para incentivar a las empresas a hacer un uso adecuado de este mecanismo con sanciones más severas e implementar medidas que realmente ayuden a

⁷⁶³ Artículos 106, 108 y 109 de la LGSC.

⁷⁶⁴ Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual. “Propuesta de Modificación de la Ley General del Sistema Concursal”. Consultada el 20 abril de 2013. <<http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/0/par/propley/modifley27809a.pdf>>

las empresas en procedimientos preventivos a salir de ese peligro de crisis en que se encuentran.

1.3.2. Procedimiento Ordinario.-

El procedimiento concursal ordinario tiene como finalidad afrontar las crisis financieras y patrimoniales, concretas y presentes, es sin duda el principal procedimiento de la LGSC. Cabe mencionar que “bajo la derogada Ley de Reestructuración Patrimonial y la Ley N° 27146 y sus posteriores modificaciones, este tipo de procedimiento se denominaba “*procedimiento de insolvencia*” que fue eliminado por la nueva Ley debido a que este término traía algunas dificultades técnicas al considerarse la insolvencia un término y consecuencia económica, además de los efectos negativos que generaba para la rehabilitación.”⁷⁶⁵

A diferencia del procedimiento concursal preventivo, se encuentran legitimados para solicitar el procedimiento concursal ordinario tanto el deudor como algunos acreedores, siempre que cumplan con los requisitos de fondo y forma que la Ley le impone a cada uno de ellos; terceros ajenos a la “*relación jurídica patrimonial- acreedor-deudor que la crisis ha afectado*” no son por Ley legitimados para iniciar el procedimiento. En consecuencia, existen sólo dos posibilidades de solicitar el inicio del procedimiento, una a solicitud del deudor denominada “*inicio voluntario*”, y otra a solicitud del acreedor denominada “*inicio hostil*” del procedimiento o “*inicio involuntario*”.⁷⁶⁶

Al respecto, cabe comentar un supuesto más en el que el procedimiento concursal ordinario se puede iniciar, por decirlo de algún modo, de “*manera automática*” sin la solicitud del deudor o del acreedor en la vía administrativa e incluso con decisión del destino del deudor a una disolución y liquidación directa. Este es el supuesto contemplado en el artículo 692°-A del Código Procesal Civil, está referido a procedimientos ejecutivos o en ejecuciones forzadas derivadas de procesos de conocimiento, abreviados o sumarísimos, en los que posteriormente el juez solicitó al deudor que acredite bienes de su propiedad libres o

⁷⁶⁵ Cf. JIMENEZ CHOCANO, José Antonio. “Procedimiento Ordinario”. Op. cit., p, 275.

⁷⁶⁶ Cf. Ídem., p, 276-277.

gravados que sean suficientes para satisfacer la obligación materia de ejecución y éste no lo hizo, entonces el juez de pleno derecho podrá declarar la disolución y liquidación del deudor. Una vez que la autoridad concursal recibe la notificación de la resolución judicial respectiva procederá a difundir el inicio del procedimiento concursal liquidatorio para continuar con el trámite conforme a Ley.⁷⁶⁷ Cabe señalar que en los últimos años se ha observado que es cada vez más grande el número de procedimientos concursales iniciados al amparo de artículo 692-A entre los que destacan los relacionados con patrimonios personales o empresariales correspondientes a pequeños o medianos empresarios.

La LGSC ha optado por establecer los supuestos de crisis en que el deudor debe encontrarse para poder acceder a este procedimiento,

1. La etapa pre concursal.-

Se inicia con la solicitud de apertura de un procedimiento concursal ordinario ante la Autoridad Concursal, éste puede ser solicitado por el deudor, concurso voluntario, o por el acreedor, concurso hostil.

En el caso del concurso voluntario, el deudor deberá demostrar que se encuentra en alguno de los siguientes supuestos que contempla el artículo 24.1 de la LGSC:

- (a) Que más de un tercio de sus obligaciones se encuentren vencidas e impagas por más de treinta días calendarios; o,
- (b) Que tenga pérdidas acumuladas, deducidas de las reservas, cuyo monto sea mayor al tercio del capital social pagado.

Tal como se observa, el literal (a) es aplicable a toda clase de deudores que la LGSC ha contemplado; mientras que el literal (b) sólo es aplicable para el caso de personas jurídicas que poseen un capital social, tales como las sociedades anónimas, las sociedades de

⁷⁶⁷ Ídem., p. 278.

responsabilidad limitada, las asociaciones, etc.⁷⁶⁸ Es oportuno señalar que en la Propuesta modificatoria de la Ley del Sistema Concursal publicada por INDECOPI se expone que se considerará como deudor susceptible al procedimiento a aquellos contribuyentes de rentas de tercera categoría, dando un elemento subjetivo, esto es, que el deudor debe ejercer una actividad económica, es decir, ser un deudor empresario (artículo 1).⁷⁶⁹

En su solicitud el deudor debe expresar si desea someterse a un régimen de reestructuración o, por el contrario, su intención es que se declare su disolución y liquidación, teniendo en cuenta lo siguiente:

- (i) Si solicita una reestructuración deberá acreditar que sus pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, no superan al total de su capital social pagado, a través de un informe suscrito por su representante legal y su contador público colegiado; debiendo precisar los mecanismos y requerimiento necesarios para hacer viable el reflotamiento y presentar una proyección preliminar de sus resultados y flujo de caja por periodo de dos años;
- (ii) De no encontrarse en dicho supuesto sólo podrá solicitar su disolución y liquidación, la misma que será declarada por la Comisión de procedimientos concursales cuando emita la resolución de apertura del procedimiento.

Asimismo deberá adjuntar a su solicitud los documentos anexos que se indican en el artículo 25 de la referida norma.⁷⁷⁰

Cumplidos estos requisitos la Comisión de INDECOPI emitirá una resolución declarando la situación de concurso del deudor, si es el caso de reestructuración; y la situación de concurso

⁷⁶⁸ ADRIANZEN RODRIGUEZ, Luis Carlos, ““Vallas donde vayas”: El Costo Social de la Valla Concursal”. Op. cit. p, 84.

⁷⁶⁹ Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual. “Propuesta de Modificación de la Ley General del Sistema Concursal”. Consultada el 20 abril de 2013. <<http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/0/par/propley/modifley27809a.pdf>>

⁷⁷⁰ Cabe señalar que en la Propuesta de Modificación de la LGSC artículo 8 se ha sugerido: “*extender la obligación de presentar los estados financieros auditados y que el dictamen de los mismos no presenten salvedades. Se busca así tener un mayor control de la información contable que es presentada por los deudores que solicitan su acogimiento a algún procedimiento concursal. Por otro lado, (...) se ha eliminado la obligación de que el deudor acredite que es un contribuyente activo ante la administración tributaria.*”

y disolución y liquidación, si es el caso de una liquidación. En ambos casos dispondrá la publicación del procedimiento concursal ordinario en el diario oficial “El Peruano” con lo que concluye la etapa pre concursal.

En el concurso hostil los acreedores pueden solicitar la apertura de un procedimiento concursal ordinario en los siguientes supuestos⁷⁷¹:

- a) Que sus créditos exigibles se encuentren vencidos e impagados por más de treinta días calendario siguientes a la fecha de su vencimiento; y
- b) Que dichos créditos superen en su conjunto las 50 Unidades Impositivas Tributarias (UIT) vigentes a la fecha de presentación de la solicitud.⁷⁷²

Asimismo, la solicitud deberá estar acompañada de los requisitos formales que indica el artículo 26.4 de la mencionada norma.

Hay algunas excepciones dispuestas por la norma, no procederá un procedimiento concursal ordinario por obligaciones impagas que se encuentren garantizadas con bienes del deudor o de terceros, salvo que el proceso de ejecución de dichas garantías resulte infructuoso⁷⁷³; o cuando el deudor ya se encuentre sometido a liquidación bajo la Ley General de Sociedades.⁷⁷⁴ Cabe señalar que estas dos excepciones han sido replanteadas en la Propuesta de modificación de la Ley General del Sistema Concursal. En el primer caso, se ha derogado la disposición que impide que los acreedores con créditos garantizados del deudor o de terceros puedan acudir a la recuperación de su crédito a través de un procedimiento concursal, se permitirá que cualquier acreedor pueda solicitar la apertura del procedimiento. Respecto a la segunda excepción, la propuesta expone que al difundirse la apertura de un procedimiento concursal en los términos del artículo 32°, se suspenderá la

⁷⁷¹ Artículo 26.1 LGSC.

⁷⁷² Cabe señalar que el desistimiento de alguno de los acreedores no impide la continuación del procedimiento.

⁷⁷³ Artículo 26.2 LGSC.

⁷⁷⁴ Artículo 26.3 LGSC.

disolución y liquidación del deudor al amparo de las disposiciones establecidas en la Ley General de Sociedades.⁷⁷⁵

Al respecto, consideramos adecuada la propuesta modificatoria en el extremo que permite a cualquier acreedor la posibilidad de solicitar la apertura del procedimiento concursal, ya que actualmente se percibe como un castigo al acreedor diligente que garantizó su acreencia el hecho de hacerlo comparecer ante un proceso judicial antes de poder acceder al procedimiento concursal ante INDECOPI. Sin embargo, en el extremo que suspende los procedimientos de disolución y liquidación llevándose a cabo al amparo de la Ley General de Sociedades no estamos de acuerdo, puesto que se deben respetar los acuerdos establecidos para el desarrollo de dicho procedimiento, si hay un procedimiento en marcha no debería ser afectado por un procedimiento abierto posteriormente al mismo al amparo de otra norma, sólo se generaría un caos que perjudicaría el patrimonio de la empresa.

Luego de verificar la existencia de los créditos invocados se procederá al emplazamiento del deudor. La Comisión requerirá al deudor para que en el plazo de 20 días hábiles se apersona y, como requisito de admisibilidad, deberá presentar los documentos que señalan los numerales 1 ó 3 del artículo 25, según sea el caso.⁷⁷⁶ La Autoridad Administrativa, a solicitud del deudor, deberá guardar reserva sobre la información presentada por éste, relativa a los estados financieros, no obstante, cuando se declare la situación de concurso, quedará automáticamente sin efecto la declaración de reserva, dicha información estará a disposición de los acreedores.⁷⁷⁷ Debemos señalar que la Propuesta de Modificación de la LGSC en su artículo 11 sugiere la modificación del plazo de apercibimiento del deudor de veinte a diez días, asimismo, lo exime de presentar la información y documentación establecida en el artículo 25 de la LGSC para su apersonamiento. En consecuencia, carece de sentido mantener el derecho del deudor de solicitar que sus estados financieros sean

⁷⁷⁵ Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual. “Propuesta de Modificación de la Ley General del Sistema Concursal”. Artículos 9 y 10. Consultada el 20 abril de 2013. <<http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/0/par/propley/modifley27809a.pdf>>

⁷⁷⁶ Artículo 27.1 LGSC.

⁷⁷⁷ Artículo 27.2. LGSC.

declarados como reservados ya que la presentación de los mismos no será obligatoria, se sugiere entonces la derogación del artículo 27.2 de la LGSC.⁷⁷⁸

El deudor debe apersonarse y puede optar por una de las siguientes alternativas:

- a) pagando el íntegro del crédito, con lo que concluirá el procedimiento;
- b) ofrecer pagar el íntegro de los créditos invocados por el acreedor, quien tendrá 10 días para aceptar, el silencio constituirá una aceptación del ofrecimiento de pago;⁷⁷⁹
- c) oponiéndose a la existencia, titularidad, exigibilidad o cuantía de los créditos; no obstante, puede subordinadamente ofrecer el pago; y
- d) allanarse a la solicitud del acreedor.⁷⁸⁰

La Autoridad Concursal denegará la solicitud y concluirá el procedimiento si el deudor paga, o si el acreedor acepta el ofrecimiento de pago, o si se declara fundada la oposición del deudor. De lo contrario declarará la situación de concurso del deudor y, si fuera el caso, la disolución y liquidación, en los supuestos en que el acreedor rechace el ofrecimiento de pago, o cuando la oposición del deudor es infundada o improcedente, o cuando el deudor reconoce la deuda y se allana, o cuando el deudor no se apersona o lo hace fuera del plazo, concluyendo de este modo la etapa pre concursal.

2. La etapa concursal.-

La etapa concursal en el procedimiento concursal ordinario se inicia con la publicación en el diario oficial “El Peruano” de la Resolución que declara la apertura del concurso, a partir de esta fecha es posible distinguir los siguientes efectos: i) suspensión de la exigibilidad de obligaciones del deudor, ii) se activa el marco de protección del patrimonio del deudor concursado, y iii) hay la posibilidad de revisión de los actos de disposición del deudor ex ante y el post el inicio del procedimiento concursal.

⁷⁷⁸ Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual. “Propuesta de Modificación de la Ley General del Sistema Concursal”. Artículos 11 y 12. Consultada el 20 abril de 2013. <<http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/0/par/propley/modifley27809a.pdf>>

⁷⁷⁹ Cabe mencionar que en la Propuesta de Modificación de LGSC, se propone que el plazo para dar su conformidad se reduzca a cinco días.

⁷⁸⁰ Artículo 28.1. LGSC.

Podemos dividir a la etapa concursal en dos momentos: (i). La formación del concurso; y (ii). El desarrollo y conclusión del procedimiento.

(i). Formación del concurso:

Con publicación de la resolución de apertura del procedimiento se convocará a los acreedores a fin de que dentro de los 30 días posteriores se apersonen al procedimiento y soliciten el reconocimiento de su crédito, debiendo acreditar el origen, existencia, cuantía, legitimidad y titularidad de dichos créditos.

Posteriormente la Comisión procederá a la verificación y reconocimiento de los créditos, emitiendo una Resolución de dicho reconocimiento que contener la identificación del acreedor y del deudor; el monto de los créditos por concepto de capital, interés y gastos; el orden de preferencia de los créditos; y, la existencia o inexistencia de vinculación entre acreedor y deudor.⁷⁸¹

(ii). Desarrollo y conclusión del concurso.-

Luego del reconocimiento de los créditos, la Comisión dispondrá la convocatoria para la primera Junta de Acreedores que será publicada en el diario oficial El Peruano, la citación deberá señalar el lugar, día y hora en que se llevará a cabo en primera y segunda convocatoria. Entre ambas convocatorias deberá mediar dos días.

La Junta de Acreedores está conformada por los acreedores previamente reconocidos dentro de un procedimiento concursal. Esta sustituye a la Junta de Accionistas de la empresa concursada constituyéndose en el máximo órgano de la sociedad. El rol principal de la Junta de Acreedores es *de dirección y control*, tomar las decisiones para resolver la crisis según sus intereses, entre ellas, decidir el destino del deudor, desapoderar al deudor, aprobar el instrumento concursal que consideren adecuado (el Acuerdo Global de

⁷⁸¹ Artículos 37 al 41 LGSC.

Refinanciación, el plan de Reestructuración, o el Convenio de Liquidación), supervisar acuerdos y solicitar informes económicos financieros al deudor.⁷⁸²

Cabe señalar que en la Propuesta de Modificatoria planteada recientemente por INDECOPI se ha dispuesto incluir una disposición en la LGSC que prohíba a la Junta de Acreedores pactar el pago de dietas, retribuciones o conceptos similares a su favor o para los integrantes del Comité, bajo apercibimiento de imponerles una multa.⁷⁸³

Esta etapa concluirá con la decisión que tome la Junta de Acreedores de someter a la empresa a un régimen de reestructuración o uno de liquidativo. Si se elige un procedimiento de reestructuración el deudor se mantiene en el mercado como empresa en marcha; caso contrario, se decida la disolución y liquidación de la empresa se buscará una salida ordenada del mercado.

Si pasado el plazo de cuarenta y cinco días la Junta no decide el destino del deudor la Comisión de oficio declarará la disolución y liquidación del deudor. Al respecto, se ha planteado en la Propuesta Modificatoria de la LGSC que en aquel supuesto la Comisión declare la conclusión del Procedimiento Concursal Ordinario dada la inacción de la Junta de Acreedores. Lo cual es justificable, como lo expone dicho documento, la Autoridad Concursal no tiene porque asumir los costos de dicha inacción, ya que bajo la lógica privatista de la norma concursal, las decisiones sobre el destino del deudor concursado son adoptadas por sus propios acreedores puesto que son los más afectados con la crisis del deudor y tienen los mejores incentivos; sin embargo, también se expone que de encontrarnos en el supuesto de un deudor destinado a la liquidación sí podría justificar la actuación subsidiaria del Estado.⁷⁸⁴ Ante ello, consideramos que la norma también debe contemplar evaluarse la situación en que se encuentra el deudor para observar si merece la actuación subsidiaria de la Autoridad Concursal.

⁷⁸² Artículo 51 LGSC.

⁷⁸³ Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual. “Propuesta de Modificación de la Ley General del Sistema Concursal”. Artículo 21. Consultada el 20 abril de 2013. <<http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/0/par/propley/modifley27809a.pdf>>

⁷⁸⁴ *Ibíd.* Artículo 25.

Para tomar esta decisión la Junta de Acreedores deberá analizar el patrimonio del deudor en concurso, evaluando lo siguiente: si el valor de la empresa en marcha es mayor que el valor de la empresa en liquidación, lo más recomendable es que la empresa sea reestructurada; mientras que si el valor de empresa en liquidación es mayor que la empresa en marcha entonces lo mejor será liquidar la empresa. Sin embargo, existen otros factores que harán difícil un acuerdo entre los acreedores, por ejemplo, los acreedores garantizados pueden preferir una liquidación y los acreedores quirográficos, laborales y con garantías insuficientes podrán preferir una reestructuración.

A continuación desarrollaremos el procedimiento de ambas figuras: (i) la reestructuración patrimonial y (ii) la disolución y liquidación.

i) *La reestructuración patrimonial.-*

Nos dice el Doctor CALLE CASUSOL⁷⁸⁵ que: *“es el procedimiento destinado a revertir una crisis económica manifiesta del deudor, a través de la implementación de diversos mecanismos orientados a maximizar el valor del negocio en crisis, tales como la reestructuración operativa o corporativa, la refinanciación de obligaciones, el aporte de capital de trabajo, la capitalización o condonación de créditos, etc.”*

Al respecto, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional señalan que: *“el objetivo de la reorganización es lograr que los acreedores perciban la máxima cantidad en concepto de sus créditos, que los resultados sean mejores que en caso de la liquidación de empresa deudora y a conseguir que las empresas sigan siendo viables para así preservar los puestos de los empleados y los negocios de los proveedores”*⁷⁸⁶.

Siglos atrás la quiebra era considerada como la mejor solución frente a la crisis que afrontaba el deudor. Hoy, sin embargo, la entrada en escena de la empresa en la economía

⁷⁸⁵ CALLE CASUSOL, Jean Paul, “Las principales innovaciones de la nueva Ley General del Sistema Concursal”, *En: Actualidad Jurídica*, Lima, Tomo 108, 2002, p. 115.

⁷⁸⁶ “Proyecto de la Guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia” preparado por el Grupo de Trabajo V (Régimen de insolvencia) de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en el periodo 30 de las sesiones desarrollado en Nueva York, del 29 de marzo al 2 de abril de 2004.

mundial y el rol importante que cumple como generador de riqueza, desarrollo y progreso ha impuesto la necesidad de lograr un mejor entendimiento de las crisis que afectan a las empresas en el mercado a fin de dar soluciones legales que sean económica y socialmente eficientes. Es por ello que se han implementado en los ordenamientos jurídicos mecanismos que promuevan y faciliten el salvataje, reflotamiento o saneamiento de las unidades productivas afectadas por las crisis patrimoniales.⁷⁸⁷

En el Perú este cambio de modelo se plasmó a través de la implementación de un nuevo modelo legal de insolvencia, esta es, la Ley de Reestructuración Empresarial (1992). Con algunas modificaciones este modelo se había mantenido por algunos años hasta la aprobación de la última norma concursal, la Ley General del Sistema Concursal de 2002, permitiendo a las empresas en crisis llevar a cabo procesos de reestructuración patrimonial como medio de alcanzar dos objetivos concurrentes: la solución de la crisis y la satisfacción de los derechos de crédito de los acreedores.⁷⁸⁸

El artículo III del Título Preliminar de la norma concursal deja plena libertad a los acreedores para que tomen la decisión de si la empresa debe continuar en el mercado o no, cuando la conservación de la empresa sirva mejor a sus intereses y ésta sea viable. No obstante, la norma dispone de ciertas limitaciones a dicha libertad ya que solo procederá la disolución y liquidación de la empresa si las pérdidas acumuladas del deudor, deducidas de las reservas, superan el total de su capital social pagado⁷⁸⁹ y respecto aquellos deudores sometidos al concurso por aplicación del artículo 692-A del Código Procesal Civil.

Sin embargo, no hay que olvidar que *“en el concurso se reúnen diversos intereses en conflicto, tales como, los de los acreedores versus deudores, acreedores versus acreedores de distintas categorías, incluso, estos versus los administradores de la empresa. Los acreedores con créditos garantizados tienden a optar por la liquidación”*.⁷⁹⁰ Es por ello

⁷⁸⁷ LEÓN VÁSQUEZ, Luis Alberto, Reestructuración patrimonial, ESPINOZA, Juan y ATOCHE FERNÁNDEZ, Paola, Op. cit. p. 501.

⁷⁸⁸ LEÓN VÁSQUEZ, Luis Alberto, Loc. cit. p. 501.

⁷⁸⁹ Artículo 24.2 literal b y 28.4. LGSC. Cabe señalar que es posible revertir esta situación si la Junta de Acreedores toma las acciones necesarias para que la empresa abandone el estado de insuficiencia patrimonial o cesación de pagos, tal como lo establece el artículo 50.6. LGSC.

⁷⁹⁰ LEÓN VÁSQUEZ, Luis Alberto, Op, cit, p. 502.

que la negociación se hace más compleja y hay mayores obstáculos para llegar a un acuerdo que satisfaga a todos los acreedores, teniéndose que establecerse los consensos por mayoría.

Una vez decidida la reestructuración la Junta de Acreedores se debe aprobar el plan de reestructuración en un plazo no mayor de 60 días. Éste *“es un instrumento del Derecho Concursal, el cual genera una modificación de los términos de la relación contractual “originaria” entre el deudor insolvente y sus acreedores; esto con el fin de que ambas partes celebren nuevos acuerdos –el contenido en el Plan de Reestructuración- que permitan la recuperación económica del deudor y así el pago de la acreencias pendientes”*⁷⁹¹. *“El Plan de reestructuración es el documento que regirá las acciones del proceso de reestructuración del patrimonio en crisis, de allí su importancia y la urgencia por su pronta aprobación (...)”*⁷⁹².

La reestructuración debe desarrollarse en un ámbito temporal determinado, el artículo 60 nos indica que el plazo de vigencia debe estar señalado claramente en el Plan de Reestructuración y no podrá exceder la fecha establecida para la cancelación de todas las obligaciones en el cronograma de pagos.

Se dará por concluido el proceso de reestructuración cuando la administración del deudor demuestre ante la Comisión que se han extinguido los créditos contenidos en el Plan de Reestructuración. Estos créditos son *todos* los contenidos en la contabilidad de la empresa deudora a la fecha de la difusión de la situación de concurso. Luego de la conclusión del procedimiento de reestructuración la administración que corresponda según los estatutos del deudor reasumirá sus funciones.⁷⁹³

Es importante comentar que el incumplimiento del deudor de las obligaciones asumidas en el Plan de Reestructuración trae como consecuencia que el acreedor afectado pueda

⁷⁹¹ VILCHEZ LIVIA, Dante. “Aprobación del plan de reestructuración”. ESPINOZA, Juan y ATOCHE FERNÁNDEZ, Paola, Op, cit, p, 524.

⁷⁹² ROJAS LEO, Juan Francisco. “Comentarios ...Op, cit., p, 211.

⁷⁹³ Artículo 72. LGSC.

solicitar a la Comisión declare la liquidación del patrimonio en concurso⁷⁹⁴. Esta es una disposición novedosa en la LGSC, ya que *“siendo el plan de reestructuración un instrumento contractual que regula un complejo de relaciones jurídicas patrimoniales entre una colectividad de sujetos (acreedores y deudor), la interposición de acciones judiciales o arbitrales era la vía legal exclusiva que tradicionalmente el ordenamiento confería a los acreedores para exigir el cumplimiento del plan”*.⁷⁹⁵ No obstante, se observó que dicho mecanismo no resultaba idóneo para la recuperación eficiente del crédito porque volvía a plantearse la “carrera” por cobrar primero y el riesgo de que el patrimonio del deudor sea depredado, además del perjuicio a los acreedores que se encontraban en una situación más desfavorable frente a aquellos acreedores que contaban con mayores recursos para defender su crédito.

También se apreciaba que *“la utilización exclusiva de la vía judicial o arbitral para ejecutar el plan de reestructuración planteaba el inconveniente de que el deudor solo atendiera el cumplimiento de dicho instrumento contractual a favor de aquellos “acreedores” considerados estratégicos para la continuación de sus actividades en el mercado (...)”*.

Por lo expuesto, manteniendo la facultad de los acreedores de acudir a la vía judicial o arbitral, la norma contempló esta medida de obtener sus pagos en un procedimiento de liquidación que les garantice un procedimiento colectivo de cobro ordenado y que les evite gastos adicionales que podría representar el inicio de dichos procesos. Esta medida *también constituye un incentivo para que el deudor asuma un compromiso serio frente a lo totalidad de sus acreedores frente a la totalidad de sus acreedores en cuanto al cumplimiento oportuno del plan, a fin de evitar su liquidación*.⁷⁹⁶

ii) La disolución y liquidación del patrimonio del deudor.-

⁷⁹⁴ La Propuesta de Modificación de la LGSC en su artículo 26 ha incluido el supuesto de que la Comisión podrá de oficio a declarar la disolución y liquidación del deudor cuando éste manifieste que ha incumplido con las condiciones del Plan de Reestructuración.

⁷⁹⁵ BIANCHINI, Aldo. “Efectos de la aprobación y del incumplimiento del Plan de Reestructuración”. ESPINOZA, Juan y ATOCHE FERNÁNDEZ, Paola, Op, cit, pp, 547-548

⁷⁹⁶ *Ibíd.*

Es el procedimiento por el cual el deudor cesa de sus actividades y posteriormente se realizan sus bienes para con ello obtener el pago de los créditos reconocidos. A partir del convenio de liquidación celebrado en la Junta de Acreedores le corresponderá al Liquidador las acciones necesarias para el cumplimiento de las normas de este régimen.⁷⁹⁷

La liquidación puede iniciarse por la Comisión, por mandato del Poder Judicial y cuando la junta de acreedores lo acuerda. La Comisión puede declarar la disolución y liquidación en el caso que el deudor tenga pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, superiores a su capital social pagado (art. 28.4); por inacción de la junta de acreedores (art. 96.1); y por incumplimiento del Plan de reestructuración (art. 67.4). Asimismo puede iniciarse por mandato judicial en aplicación del artículo 692-A del Código Procesal Civil. Y cuando la Junta de Acreedores así lo acuerde (art. 51.1.a) 2) al momento de su instalación y deberá aprobar el Convenio de Liquidación, o por cambio del destino de una reestructuración a una liquidación (art. 70).

Hay dos modalidades de disolución y liquidación, una es la disolución y liquidación simple y otra es la disolución y liquidación en marcha. En la modalidad simple, se producirá el cese de las actividades del deudor a partir de la suscripción del acuerdo de Liquidación, a fin de que no se continúe incrementando los pasivos del deudor con nuevas obligaciones, y se ejecutan los activos, la duración de este procedimiento se indicará en el Convenio de Liquidación. La modalidad de liquidación en marcha -incorporada por la LGSC- permite la continuidad de las actividades del deudor como una medida destinada a dar mayor valor a los bienes del deudor como una unidad productiva. Así *“se busca incrementar la masa concursal y beneficiar a los acreedores con mayores ingresos que se obtendrían como consecuencia de la transferencia conjunta de la unidad productiva, en lugar de proceder a la realización de bienes por separado del deudor”*⁷⁹⁸. Tiene una duración de 6 meses, prorrogables única vez por un periodo igual por decisión de la Junta de Acreedores.⁷⁹⁹

⁷⁹⁷ VILLALBA, Erick. “Disolución y Liquidación”. ESPINOZA, Juan y ATOCHE FERNÁNDEZ, Paola, Op, cit, p, 587.

⁷⁹⁸ Ídem., p, 588.

⁷⁹⁹ Ibíd.

El efecto de la liquidación es el *fuero de atracción*, esto es, la posibilidad jurídica de que se incorporen al concurso todos los créditos que se hayan generado con anterioridad (créditos concursales) y posterioridad (créditos post concursales) a la fecha de difusión de la situación concursal. Así los acreedores post concursales deberán apersonarse al procedimiento para solicitar a la autoridad concursal el reconocimiento de sus créditos, y, así, participar en Junta de Acreedores con derecho a voz y voto y obtener el pago de su crédito, de ser el caso.⁸⁰⁰

El instrumento concursal utilizado en esta modalidad se denomina *Convenio de Liquidación* -aprobado por la Junta de Acreedores- *“es un negocio jurídico plurilateral privado que para su eficacia necesita de un elemento accidental: la condición. No es un contrato porque no se ha configurado una relación jurídica patrimonial vía autonomía privada en sede concursal para proceder a la liquidación del patrimonio. Si se quiere, existe una sola parte constituida por el Liquidador y la Junta quienes aunque ostenten intereses distintos, estos no son contrapuestos (como normalmente son los intereses concurrentes en el contrato) y, por el otro, está el deudor, quien no interviene en la autorregulación de intereses de la Junta que, por cierto, solo tiene que declarar su voluntad (con los quórums establecidos en el artículo 53° numeral 53.1° de la Ley) para colocar al deudor en estado de sujeción, esto es, sometido a la eventualidad de una declaración conjunta (suscripción) y dentro del plazo de treinta días por parte del Liquidador y el Presidente”*.⁸⁰¹

El Convenio de Liquidación es celebrado por el liquidador designado y el Presidente de la Junta de Acreedores en representación de todos los acreedores, tiene como objetivo regular los términos en los que se efectuará la realización de los activos del deudor, se distribuirá su pago entre los acreedores y se cancelarán sus acreencias.

La representación y administración del patrimonio del deudor a partir de la suscripción del Convenio de Liquidación es asumida por el liquidador, a quien le corresponde efectuar las

⁸⁰⁰ JIMÉNEZ CHOCANO, José. “Curso: Derecho Concursal”, Diapositivas: Clase 14, Lima: Facultad de Derecho PUCP, 2008.

⁸⁰¹ MEJÍA GUEVARA, Joseph. “Aprobación y Suscripción del Convenio”. ESPINOZA, Juan y ATOCHE FERNÁNDEZ, Paola, Op, cit, p, 613.

acciones necesarias para cumplir con las funciones para lo que fue designado, estas son, realizar los bienes del patrimonio del deudor y proceder al pago de los créditos reconocidos con el producto obtenido de dicha venta.⁸⁰²

En el artículo 88.1 de la LGSC se establece que el Liquidador debe pagar en primer término los créditos reconocidos por la Comisión hasta donde alcance el patrimonio del deudor, según el orden establecido en el artículo 42, que señala cinco órdenes de prelación: el primer orden corresponde a los créditos laborales y previsionales; el segundo a los créditos de origen alimentario; el tercero, a los créditos respaldados por garantías reales o medidas cautelares constituidas o trabadas sobre bienes del deudor; el cuarto, a los créditos de origen tributario del Estado; y, el quinto orden, aquellos créditos no comprendidos en los órdenes precedentes, denominados créditos quirografarios.⁸⁰³

El legislador ha establecido la prorrata como mecanismo de pago obligatorio al interior de los créditos de primero, segundo, cuarto y quinto orden de preferencia, estos se pagarán al interior de cada orden, en forma proporcional al porcentaje que representan las acreencias

⁸⁰² Artículo 82 literal (c). LGSC.

⁸⁰³ Artículo 42.- Orden de preferencia

“42.1 En los procedimientos de disolución y liquidación, el orden de preferencia en el pago de los créditos es el siguiente:

Primero: Remuneraciones y beneficios sociales adeudados a los trabajadores, aportes impagos al Sistema Privado de Pensiones o a los regímenes previsionales administrados por la Oficina de Normalización Previsional, la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador u otros regímenes previsionales creados por ley, así como los intereses y gastos que por tales conceptos pudieran originarse. Los aportes impagos al Sistema Privado de Pensiones incluyen los conceptos a que se refiere el Artículo 30 del Decreto Ley N° 25897, con excepción de las comisiones cobradas por la administración de los fondos privados de pensiones.

Segundo: Los créditos alimentarios.

Tercero: Los créditos garantizados con hipoteca, garantía mobiliaria, anticresis, warrants, derecho de retención o medidas cautelares que recaigan sobre bienes del deudor, siempre que la garantía correspondiente haya sido constituida o la medida cautelar correspondiente haya sido trabada con anterioridad a la fecha de publicación a que se refiere el Artículo 32. Las citadas garantías o gravámenes, de ser el caso, deberán estar inscritas en el registro antes de dicha fecha, para ser oponibles a la masa de acreedores. Estos créditos mantienen el presente orden de preferencia aun cuando los bienes que los garantizan sean vendidos o adjudicados para cancelar créditos de órdenes anteriores, pero sólo hasta el monto de realización o adjudicación del bien que garantizaba los créditos.

Cuarto: Los créditos de origen tributario del Estado, incluidos los del Seguro Social de Salud - ESSALUD, sean tributos, multas, intereses, moras, costas y recargos.

Quinto: Los créditos no comprendidos en los órdenes precedentes; y la parte de los créditos tributarios que, conforme al literal d) del numeral 48.3 del Artículo 48, sean transferidos del cuarto al quinto orden; y el saldo de los créditos del tercer orden que excedieran del valor de realización o adjudicación del bien que garantizaba dichos créditos.”

reconocidas a favor de cada acreedor considerando al total de créditos comprendidos en el orden de preferencia al cual dicho acreedor pertenece. Esta forma de pago a prorrata es definida por la propia norma como *“la distribución proporcional al porcentaje que representan los créditos dentro del total de deudas en un orden de preferencia”*. Por otro lado, el artículo 89 de la LGSC nos dice que para el caso de los créditos de tercer orden el pago a prorrata solo será aplicable cuando los bienes que garantizaban dichos créditos hayan sido realizados para pagar créditos comprendidos en órdenes de preferencia anteriores; de lo contrario, los acreedores de tercer orden serán pagados con el producto de la realización del bien que garantizaba su crédito sin importar el porcentaje que este pueda representar dentro del universo de acreedores garantizados, a menos que un mismo bien garantice a más de un acreedor en cuyo caso deberá el Liquidador recurrir al pago a prorrata.⁸⁰⁴

La Comisión podría reconocer un crédito luego de que el Liquidador haya cumplido con cancelar todos los créditos comprendidos en el orden de preferencia atribuido a dicho crédito, en cuyo caso el Liquidador deberá pagar inmediatamente este crédito, conocido como crédito tardío, sin alterar los pagos ya efectuados.⁸⁰⁵

Si luego de pagar todos los créditos reconocidos por la Comisión, existieran créditos registrados en los libros del deudor que no fueron reconocidos por ésta, el Liquidador deberá proceder a su pago aplicando igualmente el orden de preferencia establecido en el artículo 42.1 de la LGSC.⁸⁰⁶

La liquidación puede terminar cuando se logra pagar los créditos comprendidos en el procedimiento concursal, o cuando el activo se extingue y quedan acreedores pendientes de pago, en cuyo caso el Liquidador deberá solicitar, en un plazo no mayor de treinta días hábiles, la declaración judicial de quiebra del deudor, debiendo informar de ellos al Comité de Acreedores o Presidente de la Junta y a la Comisión. Asimismo, esta puede concluir por el cambio del destino del deudor a una reestructuración para lo cual deberá demostrar a la

⁸⁰⁴ Cf. UGARTE MOSTAJO, Daniel. Pago de Créditos por el Liquidador. ESPINOZA, Juan y ATOCHE FERNÁNDEZ, Paola, Op, cit, p, 677.

⁸⁰⁵ Artículo 88.6 de la LGSC.

⁸⁰⁶ Artículo 88.8. de la LGSC.

Comisión la reversión de su situación patrimonial (art. 50.6), o por nuevos factores no previsto al momento de la decisión de disolución y liquidación que hacen viable la reestructuración y es aprobada por los acreedores (art. 91.1). Esta etapa concluirá también cuando no exista liquidador que quiera asumir responsabilidad de la liquidación (art. 97.4).

- **La Quiebra.-**

La quiebra del deudor se dará cuando se extingue el patrimonio y quedan créditos pendientes de ser pagados, el liquidador debe solicitar ante el juez especializado en lo civil la quiebra del deudor en un plazo de 30 días y dar cuenta al Comité o Presidente de la Junta y a la Comisión.

El juez luego de 30 días de presentada la demanda y previa verificación de la extinción del patrimonio, mediante un auto declara: i) la quiebra del deudor y ii) la incobrabilidad de las deudas. Se publicará el auto de quiebra en El Peruano por dos días consecutivos, consentido el auto de quiebra, concluye el procedimiento judicial y se ordena el archivo así como la inscripción de la extinción del patrimonio y se emitirá los certificados de incobrabilidad para los acreedores impagos.⁸⁰⁷

En los últimos años en el sistema concursal, las liquidaciones han sido la regla y las reestructuraciones la excepción, observamos en las estadísticas dadas por el INDECOPI que en el año 2011, se iniciaron procedimientos concursales según tipo de solicitante, el 93,54% de los procedimientos se inició a solicitud del acreedor pero por mandato Judicial (en aplicación del Artículo 692-A [antes 703] Código Procesal Civil-), es decir, se ordenó la disolución y liquidación del patrimonio; mientras que el 4,50% se inició a solicitud de los deudores (procedimientos concursales ordinarios y preventivos) y el 1,96% a solicitud de los acreedores (procedimiento concursal ordinario)⁸⁰⁸. Asimismo, en el año 2012, se iniciaron 363 procedimientos concursales, de los cuales el 92.01% fue por mandato Judicial (en aplicación del Artículo 692-A Código Procesal Civil-), se ordenó la disolución y liquidación del patrimonio; solo el 3,58% se inició a solicitud de los deudores

⁸⁰⁷ Artículos del 99 al 102 de la LGSC.

⁸⁰⁸ “Anuario estadísticas institucionales 2011- INDECOPI”, pp, 204. Consultada el 29.10.2012: http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/0/jer/estadisticas_portal_principal/Anuario2011.pdf

(procedimientos concursales ordinarios y preventivos) y el 4,41% a solicitud de los acreedores (procedimiento concursal ordinario).⁸⁰⁹ La mayoría de procesos que se siguen al deudor son liquidatorios o terminan en una liquidación.

Ahora bien, desarrollemos la respuesta a la pregunta planteada, que previamente habíamos señalado era positiva. Nuestra norma concursal desarrolla de algún los cuatro supuestos que ayudan a crear un ambiente idóneo para tomar decisiones eficientes. Respecto al primero, confirmamos que la norma concursal, ha dejado la decisión *del destino de la empresa insolvente en manos de los acreedores*, quienes deciden por mayoría y su decisión se torna obligatoria para todos. Asimismo, respecto al segundo supuesto, cuenta con mecanismos de protección para el patrimonio del negocio insolvente, con un control *ex ante* de los actos del deudor (periodo de sospecha) y un control *ex post* la declaratoria de concurso (suspensión de pagos e inexigibilidad de las obligaciones)⁸¹⁰; sin embargo, es una protección del patrimonio del deudor que solo alcanzará los activos que se encuentran en su territorio dejando desprotegidos los ubicados en los demás Estados, en ese sentido, consideramos adecuado desarrollar algún mecanismo que ayude a obtener la protección total del patrimonio del deudor. La solución podría ser incorporar normas de cooperación y coordinación para los procedimientos concursales transfronterizos, tal como se observa en el derecho comparado.

No obstante, respecto al tercer supuesto, la norma concursal deja de lado de algún modo el principio por el cual se debe reconocer todo lo pactado antes de la crisis, es el caso de las garantías reales que ocupan el tercer orden de preferencia en el pago del crédito, siendo posible que si el bien dado en garantía se pierde o se destruye el acreedor pase al último rango de prelación. *“Si se logra que estos acuerdos celebrados ex ante se respeten ex post, entonces los acreedores no serán incentivados a ejecutar antes de llegar a INDECOPI”*⁸¹¹.

⁸⁰⁹ “Anuario estadísticas institucionales 2012- INDECOPI”, pp, 189. Consultada el 31.05.2013: http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/0/jer/estadisticas_portal_principal/ANUARIO2012.pdf

⁸¹⁰ Cf. EZCURRA RIVERO, Huáscar. “Receta para una buena Ley de Reestructuración”. En: Derecho Concursal. Estudios previos ... Op. cit. pp. 235-236.

⁸¹¹ Cf. EZCURRA RIVERO, Huáscar. “La Muerte del Sistema Concursal”. En: Revista de la Competencia ... Op. cit. p, 164-165

Finalmente, respecto al último supuesto, la LGSC desarrolla en su Título VII un régimen de infracción y sanciones, regula conductas que pueden ser cometidas por sujetos parte o vinculados al procedimiento concursal y las sanciones para las mismas. Estas infracciones y sanciones serán determinadas a través de un procedimiento administrativo sancionado, el mismo que emana de la potestad sancionadora de la Administración Pública que es una manifestación del *ius puniendi* del Estado (en el sistema concursal peruano INDECOPI).⁸¹²

Conforme a lo expuesto, el Doctor EZCURRA nos señala que *“nuestra norma concursal es una de las mejores del mundo (...), principalmente, por el valor e importancia que la Ley otorga a la autonomía privada (representada por la autonomía de acreedores). Bajo la ley peruana los acreedores deciden. Y se consideran que lo que ellos deciden es el mejor indicador de lo más conveniente. Es el respeto a dicha libertad y las garantías que la ley busca dar para que dicha libertad se ejerza, la que en mi opinión convierte a la Ley peruana en una ley de avanzada”*.⁸¹³

En nuestra opinión, luego de haber analizado la norma, consultado diversos manuales sobre la LGSC y artículos alusivos a la misma, y de haber participado en algunos congresos donde expositores nacionales y extranjeros elogiaron los principios y filosofía en que se basa nuestra norma, estamos convencidos que hemos logrado construir una de las mejores normas concursales para regular la insolvencia local, sin embargo, no debemos olvidar que ésta aún tiene deficiencias para conseguir su propósito; y, se olvida de analizar y avanzar en la regulación del concurso en su dimensión internacional. Dicho esto, debemos mencionar los motivos adicionales a los presentados por el Doctor EZCURRA,

⁸¹² Cabe señalar que si bien la Sala Transitoria Concursal del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual señaló que: *“según los principios de legalidad y tipicidad, el ejercicio de la potestad sancionadora debe estar autorizado legalmente y, por otro lado, las acciones u omisiones prohibidas por el ordenamiento deben estar expresamente previstas como infracciones administrativas. De este modo no habrá infracción ni sanción administrativa sin una ley que los determine de manera previa”* (Resolución N° 0145-2004/SCO-INDECOPI), se han observado problemas de aplicación de este Título. Para un mayor profundización en el tema revisar los artículos: “Infracciones y Sanciones”, NAVARRO RETO, Daniel. En: Ley General del Sistema Concursal Análisis... Op. cit. pp. 869-880 y “El Ius Puniendi en manos de la junta de acreedores: Los vacíos legales en el régimen de infracciones para las entidades administradoras y liquidadora en los procedimientos concursales”. ORTEGA OLORTEGUI, Susan. Consultada el: 02.05.2003. <[http://www.derecho.usmp.edu.pe/Itaest_Articulos_Estudiantiles/01-](http://www.derecho.usmp.edu.pe/Itaest_Articulos_Estudiantiles/01-2012_EL_IUS_PUNIENDI_EN_MANOS_DE_LA_JUNTA_DE_ACREEDORES_Susan_Ortega_O.pdf)

2012_EL_IUS_PUNIENDI_EN_MANOS_DE_LA_JUNTA_DE_ACREEDORES_Susan_Ortega_O.pdf>

⁸¹³ EZCURRA RIVÉRO, Loc cit.

por los que consideramos que, en efecto, nuestra LGSC es una de las mejores normas concursales.

Nuestra norma contempla el principio de conservación de la empresa, esto se muestra en la existencia del procedimiento concursal preventivo y del procedimiento concursal ordinario que da la posibilidad a las partes de elegir la reestructuración de la empresa. Ambos procedimientos buscan mantener a las empresas viables, es decir, eficientes en el mercado. El procedimiento preventivo busca evitar que las empresas lleguen al estado de crisis aguda, así éstas pueden acudir al sistema concursal antes que la misma se desencadene. Por otro lado, el procedimiento concursal ordinario busca que la crisis empresarial por la que pasa el negocio no llegue a su último grado, siendo posible aún la reestructuración de la empresa, cuya decisión recae a los acreedores⁸¹⁴. Ya mencionamos en el capítulo primero que en el panorama actual la conservación de la empresa es un fin, pero subordinado a la protección del crédito, en tal sentido, solo se privilegia la conservación de la empresa cuando sea social y económicamente útil, es decir, solo debemos mantener en el mercado a las empresas viables, *“la continuación de la empresa no es a cualquier precio”*. Se podría pensar que este principio podría ser adverso a la meta del sistema concursal: “la eficiencia”; no obstante, el modo en que este principio es enfocado actualmente y la forma en que ha sido plasmado en nuestra norma concursal consideramos que se no son contradictorios.

Por lo expuesto, la LGSC es una de la mejores normas concursales porque reúne lo principal de dos importantes modelos de legislación concursal: la meta de la eficiencia de modo que se logre obtener el máximo valor posible del patrimonio del deudor y el principio de la conservación de la empresa viable, plasmando ambos en el ordenamiento nacional de modo que estos no se contradigan, sino por el contrario ambos ayudan a lograr el objetivo del sistema concursal, proteger el crédito.

⁸¹⁴ Cabe señalar que consideramos que esta libertad dada a los acreedores para decidir el destino del deudor tiene un límite, que debe fijarse cuando los acreedores, por factores externos, decidan liquidar a una empresa viable. Posteriormente desarrollamos esta idea, pues en nuestra opinión la LGSC también contempló ese límite en su artículo I del Título Preliminar.

Además, en el mismo sentido, el profesor SCHWARTZ afirma que: *“un sistema concursal aumentaría el valor de la empresa en estado de insolvencia resolviendo el problema de coordinación de los acreedores –es decir, asegurando que las empresas insolventes no siempre se liquiden. El valor de las empresas insolventes también aumentaría si sólo se reestructuraran las empresas cuyo valor en marcha excediera su valor en liquidación”*.⁸¹⁵ Al parecer, las disposiciones de nuestra norma desarrollan todo lo mencionado por el autor (la eficiencia y el principio de conservación de la empresa) de modo que se pueda aumentar el valor de la empresa insolvente, no obstante, esta realidad no atrae a las partes a someter a las grandes empresas insolventes a un procedimiento ante el INDECOPI, entonces es válida hacernos la pregunta ¿qué está sucediendo?

Al respecto el Doctor EZCURRA nos recuerda que aplicar la Ley concursal utilizando el aparato concursal implica costos, estos son los costos de administrar el sistema concursal, y relevantes para evaluar si el sistema diseñado es efectivo o no para reducir los costos de contratar. Así el autor considera que si bien la Ley concursal peruana busca promover y facilitar que los acreedores se reúnan y contraten, los costos de utilizar el aparato concursal son muy altos, que terminan por ahuyentar a los acreedores, estos son, los largos procesos debido a las acciones de amparo y medidas cautelares que son utilizadas recurrentemente para dejar sin efectos los acuerdos de los acreedores, además que las decisiones de INDECOPI pueden impugnarse ante el Poder Judicial vía una acción contencioso administrativa. Asimismo, debido al monopolio que tiene el INDECOPI para administrar todo el procedimiento concursal ello termina por trasladar a los usuarios los elevados costos que se generan por tener que *“esperar en cola”* hasta que INDECOPI pueda resolver, o señale la fecha de reunión a junta de acreedores; esta abrumadora carga de procesos que tiene INDECOPI proviene en su mayoría de procesos de reconocimiento de créditos.⁸¹⁶

El autor concluye afirmando que si bien la LGSC en teoría contribuye a la reducción de los costos de transacción, en su aplicación práctica no lo hace. *“El motivo es que negociar en sede administrativa tiene un costo muy alto. Esta situación ha sido*

⁸¹⁵ SCHWARTZ, Alan. Op. cit. p. 124.

⁸¹⁶ Cf. EZCURRA RIVÉRO, “La Muerte del Sistema Concursal”. En: Revista de la Competencia ... Op. cit. pp, 166-167.

*percibida por los agentes del mercado y he allí la explicación de por qué hay menos casos”.*⁸¹⁷

Entonces se han propuesto diversas soluciones para revertir esta situación, como las que se plantean a continuación: i) Se debe evaluar la posibilidad de permitir a los acreedores y el deudor *ex ante* el concurso establecer en sus estatutos someter a arbitraje éste si el deudor deviene en insolvencia; ii) revisar el proceso de disolución y liquidación a fin de simplificarlo. La Ley General de Sociedades tiene un ejemplo de un proceso de disolución y liquidación más privada y menos costosa; iii) revisar el proceso concursal ordinario de reestructuración empresarial a fin de simplificarlo, para ello el procedimiento preventivo puede ser un buen ejemplo a seguir para privatizar más el procedimiento y reducir costos de implementación; iv) revisar el proceso de reconocimiento de créditos con el propósito de simplificarlos; este trabajo por ser, en su mayor parte, de trámite, en la parte que así sea, se sugiere que se podría contratar a empresas calificadas para ese fin, que podrían hacer dicha tarea mejor y a menores costos que el INDECOPI. Así se ganaría mayor celeridad en los procesos y darle mayor más espacio a INDECOPI para su tarea de fiscalización; v) fortalecer las facultades del INDECOPI para darle mayor eficacia a la norma concursal respecto a garantizar la protección del patrimonio del deudor; vi) revisar el criterio actual de mantener en reserva los expedientes concursales -incluso después de publicado el concurso- permitiendo solo el acceso a las partes del proceso, ya que esto obstaculiza la posibilidad de que los agentes del mercado puedan estar interesados en evaluar la compra de una empresa en crisis puedan acercarse y obtener la información sobre las empresas en concurso.⁸¹⁸

Por otro lado, el Doctor DEL ÁGUILA, plantea el rediseño del procedimiento que lo torne más directo, corto y predecible. Afirma que si el objeto del sistema concursal es proteger el crédito generando un ambiente idóneo que les permita la negociación y decisión de los actores económicos involucrados, dicha tarea culmina cuando se obtiene la aprobación del instrumento concursal: Plan de reestructuración o Convenio de Liquidación,

⁸¹⁷ El autor aclara que se refiere a los casos de grandes empresas. Puesto que hoy si bien es cierto que INDECOPI está abrumado de procesos, estos son, de menor cuantía.

⁸¹⁸ Cf. EZCURRA RIVÉRO, “La Muerte del Sistema Concursal”. En: Revista de la Competencia ... Op. cit. p, 167-168.

como corresponda. Según esta propuesta con la aprobación de un instrumento regulador de las obligaciones, Plan o Convenio, concluiría el procedimiento administrativo concursal. De presentarse controversias respecto del Plan o Convenio, estas deberían resolverse bajo la esfera privada, tal vez contemplando en los documentos concursales aprobados por la Junta de Acreedores una cláusula arbitral en que someta cualquier controversia derivada de ellos –por interpretación o ejecución- a la competencia de un tribunal arbitral. Concluye el autor afirmando que si ya se tiene una solución a la crisis carece de objeto prolongar la permanencia de la empresa en INDECOPI. El instrumento concursal debe ser ejecutado, y de presentarse problemas de interpretación o ejecución corresponderá a un Tribunal Arbitral laudar sobre el mismo. Además señala los beneficios de la aplicación del arbitraje concursal: (i) limitaría la acción del Estado a lo estrictamente necesario frente al problema de la insolvencia, que traería consigo la reducción de los tiempos en el procedimiento concursal; (ii) descongestionaría los trámites y procesos seguidos ante INDECOPI, así esta entidad podría redireccionar sus energías y recursos a los campos de su competencia; y (iii) libera el concepto mismo de concurso, trasladándolo, luego de su etapa “pública” a un ámbito enteramente privado, regulado por el arbitraje.⁸¹⁹

En el mismo sentido, el Doctor ADRIANZÉN RODRÍGUEZ⁸²⁰ sostiene que para reducir el *costo social del procedimiento*⁸²¹ la valla concursal debe estar ubicada adecuadamente, en tal sentido, si la valla concursal es más alta, serán necesarios menos recursos, porque tendremos menos casos que atender; en tanto que, si la valla concursal es más baja, más recursos serán necesarios para atender los casos adicionales que se presenten. Así el autor menciona algunas vallas de nuestro sistema concursal que pueden ser cuestionables, tales como, el impedimento a los acreedores con créditos garantizados de solicitar el concurso de su deudor, salvo que el proceso de ejecución de garantías haya resultado improductivo.⁸²² Además, los acreedores solo pueden solicitar el concurso de su deudor si el crédito es mayor a 50 unidades impositivas tributarias, al parecer un crédito bajo de ese monto no justificaría incurrir con los costos administrativos relacionados con el

⁸¹⁹ Cf. DEL ÁGUILA SOMOCURCIO, Paolo, “Hacia una reestructuración”. Op. cit., p. 121-124.

⁸²⁰ ADRIANZÉN RODRÍGUEZ, Luis Carlos. Op. cit. p. 101.

⁸²¹ Cabe señalar que el costo social del proceso legal es igual a la suma de los costos administrativos y los costos de los errores: $CS = c_a + c_{(e)}$. COOTER y ULEN, citado por ADRIANZÉN RODRÍGUEZ, Luis Carlos. Op. cit. p. 93.

⁸²² Ídem. p. 101.

procedimiento concursal.⁸²³ También una valla para los deudores que los desincentiva a ir al sistema concursal a negociar un acuerdo de reestructuración con sus acreedores, es que si acumulan pérdidas superiores a su capital social pagado, sólo tienen la posibilidad de ir a una liquidación.⁸²⁴ Asimismo, señala el autor que resulta una valla adicional de ingreso al sistema del deudor, el riesgo de solicitar un concurso preventivo con suspensión de exigibilidad de obligaciones, ya que ésta le da la posibilidad a los acreedores de llevarlo a un procedimiento concursal ordinario al deudor, de no aprobarse el Acuerdo Global de Reestructuración, también se prohíbe el ingreso de deudores cuya situación patrimonial caiga en los supuestos para la declaración del concurso ordinario.⁸²⁵

El autor cuestiona estas vallas porque sostiene que si bien reducen los costos de administración a cero, no se ha hecho un adecuado estudio del costo de error que se genera por no admitir dichas situaciones.

Así, el autor considera que para el caso de los acreedores garantizados, si bien se cuestiona que éstos utilicen el sistema como un mecanismo de cobro en sí mismo, ello no genera ningún daño porque el solicitante paga una tasa por su solicitud de emplazamiento que cubriría los costos de dicho acto, si el deudor decide pagar la deuda para no ser sometido a concurso el gasto ya está cubierto por dicha tasa, si, en efecto, existía un estado de insolvencia y es declarado en concurso entonces se requería del procedimiento concursal.⁸²⁶ Respecto al monto de las 50 UIT se formulan dos preguntas: ¿existe un cálculo al respecto? ¿Qué efecto tiene ello en el mercado del crédito? El efecto en el mercado es que el crédito será más o no podrá tener acceso al mismo, cuando el deudor requiera un crédito de menos de 50 UIT. Además que este monto es discutible porque las dimensiones de las empresas varían diametralmente, un crédito de 50 UIT para una empresa puede ser insignificante, mientras que para otras un crédito de 25 UIT puede significar su ruina. Y se vuelve más absurda aún cuando observamos que hay un porcentaje mayor de deudores que ingresan al concurso y lo hacen por la vía judicial (Artículo 162-A

⁸²³ Ídem. p. 103.

⁸²⁴ Ídem. p. 105.

⁸²⁵ Ídem., p. 106.

⁸²⁶ Ídem., pp. 102-103.

CPC) cuyas obligaciones, en muchos casos, son menores a 50 UIT.⁸²⁷ Sobre el riesgo liquidatorio e imposibilidad de reestructurar el patrimonio, el autor expone dos cuestionamientos. El primero, por qué el Estado impone su voluntad sin dejar esta decisión a los acreedores quienes están más informados y más interesados en el destino de la empresa. El segundo, es respecto a la base que usa el Estado para decidir el destino de la empresa, el capital social pagado no necesariamente tiene una relación directa con la solvencia de la compañía, puesto que hay muchas empresas con capitales sociales pequeños para la capacidad de endeudamiento que manejan. Además que en nuestro país la legislación no exige un mínimo monto determinado para constituir una sociedad mercantil y esta disposición no resulta aplicable a las empresas que no poseen capital social propiamente dicho. Con esta disposición el Estado exige indirectamente una mayor capitalización de las compañías.⁸²⁸ Finalmente, a su parecer, los procedimientos preventivos deben contener la suspensión de exigibilidad de obligaciones y el marco de protección patrimonial, y de no acordarse el Acuerdo Global de Reestructuración el concurso culmine retornándose inmediatamente a la exigibilidad de las obligaciones. Para que no haya un mal uso de este sistema debería asegurarse la celeridad de este procedimiento preventivo y que el deudor no tenga posibilidad de acogerse nuevamente a este tipo de procedimiento en un periodo razonable de tiempo. Además que no debería prohibirse a los acreedores y deudores negociar la viabilidad del negocio en un procedimiento preventivo u ordinario, debería esta decisión ser tomada por los acreedores.⁸²⁹

El autor concluye afirmando que *“si bien el diseño de nuestro sistema permite reducir a cero el costo administrativo de potenciales casos concursales que no superan la valla y evitar así el mal uso del sistema en diversos supuestos que antes se presentaban, al mismo tiempo, eleva considerablemente el costo de error generado por la imposibilidad de que muchos casos accedan al sistema y se beneficien de él. (...) El Estado ha procurado evitar de forma generalizada que se presenten ciertos casos, cuando ello ha podido ser corregido a través de mejores mecanismos de fiscalización y no mediante restricciones*

⁸²⁷ Ídem., p, 104.

⁸²⁸ Ídem., pp, 105-106.

⁸²⁹ Ídem., pp, 106-107.

normativas, de modo que “justos paguen por unos cuantos pecadores”. La fiscalización genera costos administrativos, sin duda, pero quizás incurrir en ellos nos permita bajar la valla concursal e incurrir, por ello, en costos de error menores que pongan a la sociedad en una mejor situación.”⁸³⁰

Al respecto, daremos una opinión sobre las propuestas planteadas por los autores, pero no abordaremos una solución propia sobre estos problemas de la norma concursal, ya que consideramos que éstos deben tener un análisis a un nivel mucho más profundo, el cual no es objeto de nuestra investigación.

Sobre las propuestas del Doctor EZCURRA nos parecen muy adecuadas, no obstante tenemos algunos cuestionamiento respecto a una de ellas, por ejemplo, no podríamos considerar que los acreedores por causa de responsabilidad extracontractual y los laborales tienen plena libertad para decidir si contratar o no con determinada empresa, no se formaría la concurrencia de voluntades que se necesita para someter los litigios a arbitraje, además que consideramos que los arbitrajes podrían resultar muy costosos para las empresas en crisis.

Respecto a la propuesta del Doctor DEL ÁGUILA consideramos que podría funcionar en los casos de disolución y liquidación de las empresas, sin embargo en los casos de reestructuración es mejor que el procedimiento siga en INDECOPI luego de aprobarse el Plan de Reestructuración porque si se decide pasar a una liquidación, que es lo más probable en el contexto actual, no tendrá que volver a solicitar la apertura del procedimiento, o en todo caso ¿se activaría otra vez la competencia del INDECOPI? Por otro lado, no hay que olvidar que el arbitraje es un procedimiento con altos costos y deberíamos evaluar si puede ser cubierto por una empresa en crisis.

Las críticas del Doctor ADRIANZÉN tienen mucho acierto sobre lo que sucede en el sistema concursal, sin embargo no estamos de acuerdo con algunas de sus propuestas. No creemos adecuado dejar a los particulares accionar el aparato del Estado cuando quieran para hacer efectivo un pago particular, sino cuando en realidad haya un verdadero peligro

⁸³⁰ Ídem, p, 109.

de una empresa en crisis. Puesto que someter a una empresa a un procedimiento concursal trae efectos colaterales que podrían generar que ésta sin pasar por una crisis aguda se genere tal.

Sobre el particular, nosotros debemos añadir una crítica más a la norma concursal, esta es, la deficiencia en regular los aspectos internacionales del concurso. Si bien ahora no se han presentado “*aparentemente*” problemas al respecto, debido a que la mayoría de las empresas que acuden al sistema son pequeñas y medianas empresas, si la norma busca atraer a las grandes empresas, entonces debería estar preparada para todos los conflictos que debe resolver en este nuevo contexto, esto es, el concurso transnacional. A continuación estudiaremos esta problemática en el ordenamiento peruano y, finalmente, abordaremos soluciones para la misma.

2. TRATAMIENTO DEL CONCURSO INTERNACIONAL EN EL ORDENAMIENTO PERUANO.-

Las disposiciones legales que se han adoptado para el tratamiento de los concursos internacionales en el ordenamiento peruano son insuficientes y no abarcan el problema en toda su dimensión. Esto se observa tanto las normas de fuente internacional como en las normas de fuente interna.

En los siguientes puntos observaremos cómo han sido abordados en el ordenamiento peruano los tres principales temas a regular en los concursos internacionales: juez competente, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras. Para ello, empezaremos por el análisis de las normas de fuente internacional para luego evaluar las normas de fuente interna.

2.1. Normas de Fuente Internacional.-

En esta categorías se encuentran: el *Tratado de Montevideo* de 1889, ratificado por Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Uruguay y Perú; y el *Código Bustamante* de 1928 vigente entre Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Cuba, Chile, El Salvador, Guatemala,

Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú y Venezuela. Ambos tratados han sido analizados en el capítulo anterior; sin embargo, mencionaremos aquí cómo se han tratado los mismos temas que abarcan ambos en el ordenamiento peruano.

2.1.1. El Tratado de Montevideo de 1889.-

El Tratado de Derecho de Comercio Internacional de Montevideo 1889 regula la quiebra internacional, en el Título X: De las falencias, comprendido en los artículos 35 a 48.

La competencia jurisdiccional es exclusiva de los Tribunales donde se encuentra el domicilio comercial del deudor, no importa si éste opera ocasionalmente en el extranjero a través de agentes o sucursales (artículo 35). En las normas sustantivas del ordenamiento peruano también se otorga una competencia jurisdiccional exclusiva a los tribunales peruanos en función de que el deudor tenga su domicilio en el territorio nacional.

No obstante, el Tratado contempla la pluralidad de foros en caso el deudor tenga dos o más casas comerciales independientes en más de un Estado, los tribunales de cada uno de esos Estados será competente para ver esta materia (artículo 36). En este artículo no señala qué debe entenderse por casas comerciales independientes, si ésta se refiere a una independencia económica, sería el caso de las filiales que conforman un grupo empresarial, y por ello adecuado que por cada una de ellas haya un procedimiento independiente ya que en realidad cada una configura una persona jurídica distinta. Nuestra norma interna, no contempla una norma específica para los supuestos de los grupos empresariales ¿cómo se trataría si uno de ellos entra en insolvencia?, ¿si el concurso podría ser extensible a los otros miembros del grupo empresarial? No obstante, al constituir una persona jurídica distinta creemos que se le abrirá un procedimiento concursal a cada uno.

La norma reconoce que los acreedores locales podrán elegir abrir un procedimiento donde el deudor tenga bienes o podrán acudir al procedimiento principal para solicitar el reconocimiento de sus créditos, si no es reconocida la declaración de insolvencia del Estado que abrió el procedimiento. En tal sentido, los acreedores podrán abrir un procedimiento secundario cuya competencia judicial internacional del juez será derivada de la ubicación

de los bienes del deudor. En la legislación peruana se contempla el reconocimiento de un procedimiento principal extranjero vía exequátur, que dará la posibilidad de abrir un procedimiento secundario de insolvencia en el Perú, siendo los acreedores locales los beneficiarios de los bienes que se encuentren en el territorio peruano.

Respecto a la ley aplicable señala que cada juicio de quiebra se seguirá independientemente y cada Estado aplicará su ley nacional. Al igual que la legislación peruana, pese a reconocer la existencia de un procedimiento extranjero, se abre un procedimiento concursal nacional y es aplicable la norma sustantiva concursal respecto de los bienes que se encuentran en el territorio. Sin embargo, siempre hay una limitación por la aplicación de la *lex rei sité*.

2.1.2. El Código de Derecho Internacional Privado 1928.-

Este cuerpo normativo regula la quiebra internacional en su Título Noveno: “*De la Quiebra o Concurso*”, desarrollando algunas cuestiones relativas a esta institución en sus artículos 414 al 422.

La norma proclama la universalidad de la quiebra o concurso en el caso en el que el deudor tenga un sólo domicilio, en tal sentido el hecho que generó la insolvencia tendrá efecto universal y será competente para declarar la quiebra el juez del Estado donde el deudor se encuentre domiciliado (art. 414). La norma de fuente interna peruana contempla la universalidad del hecho generador de la insolvencia, más no apoya la extraterritorialidad de los otros efectos del procedimiento extranjero concursal.

Por otro lado, esta norma hace referencia a la posibilidad de una pluralidad de foros para el caso de que el deudor tenga varios establecimientos mercantiles “*enteramente separados económicamente*”, aquí se refiere claramente al caso de las filiales que trabajan bajo un esquema de grupo empresarial y que constituyen personas jurídicas distintas, por lo cual es adecuado contemplar un procedimiento concursal para cada una de ellas. No obstante, la norma no señala cual es el factor de atribución de competencia jurisdiccional internacional que se le debe aplicar a esta pluralidad de procedimientos. Como lo indicamos anteriormente en nuestras normas de fuente interna no se observa una disposición que

desarrolle el tratamiento para un grupo empresarial en caso se encuentre en situación de insolvencia.

Respecto a la ley aplicable al concurso, la norma dispone la aplicación de la ley del Estado que da origen al procedimiento concursal, pero se encontrará limitada en las cuestiones sobre derechos reales por la *LEX REI SITUS*. Nuestra norma de fuente interna no permite la extraterritorialidad de la norma que rige el procedimiento principal o un procedimiento concursal extranjero, ya que dispone la apertura de un procedimiento concursal local que será regido por la norma concursal nacional.

La norma contempla que el reconocimiento de la sentencia de apertura del concurso se dará mediante el reconocimiento automático de algunos efectos de la sentencia de quiebra y el exequátur de las medidas que necesitan ejecución, por ello sus efectos se retrotraerán al momento en que quedó firme dicha sentencia judicial extranjera. Al respecto, en nuestro Código Civil se observa que se requiere pasar por el procedimiento de exequátur para el reconocimiento de la sentencia extranjera de apertura del concurso, no obstante, no le otorga efectos retroactivos a la misma.

2.2. Normas de Fuente Interna.-

Las normas de fuente interna que se han encargado de regular algunos aspectos del concurso internacional son el Código Civil y la Ley General del Sistema Concursal. En el Libro X del Código Civil se tratan las materias de Derecho internacional privado, encontramos aquí dos artículos aplicables al concurso internacional pero no contemplan todas las cuestiones que precisamente bajo esta rama del derecho deberían regularse. Por otro lado, la Ley General del Sistema Concursal -norma especial aplicable a los procedimientos concursales- tampoco desarrolla disposiciones que aborden la mínima parte de la problemática de los concursos internacionales.

2.2.1. El Concurso internacional en el Código Civil Peruano.-

El Código Civil en su Libro X (Derecho Internacional Privado) contempla dos artículos vinculados directamente con el tratamiento del concurso internacional. Estos abarcan el tema de la competencia judicial internacional directa e indirecta de los tribunales peruanos en los concursos internacionales: el artículo 2061 CC referido a la competencia directa de los tribunales peruanos en acciones relativas a la universalidad de bienes y el artículo 2105 CC que regula exclusivamente algunos efectos del reconocimiento de la sentencia extranjera de apertura del concurso (competencia indirecta del juez). Cabe señalar que el reconocimiento de una sentencia o auto de quiebra extranjera debe pasar por el procedimiento de exequátur general para todas las sentencias extranjeras (art. 2014 CC).

El artículo 2061 señala:

“Los tribunales peruanos tienen competencia para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones relativas a universalidades de bienes, aun contra personas domiciliadas en país extranjero, cuando el derecho peruano sea el aplicable para regir el asunto, de acuerdo a sus normas de Derecho Internacional Privado.

Sin embargo, se respeta la competencia peruana para conocer de las acciones relativas al patrimonio del declarado en quiebra, respecto a los bienes situados en el Perú, y sin perjuicio de lo dispuesto en el Título IV de este Libro.”

(el subrayado es nuestro).

Al respecto nos dice la Doctora TOVAR GIL: *“es competente el juez peruano en un procedimiento concursal iniciado contra un **no domiciliado** cuando de acuerdo a las normas de conflicto de su Derecho Internacional Privado, la ley aplicable a la misma sea la peruana”*.⁸³¹

Es decir, este artículo en su primer párrafo señala que los tribunales peruanos serán competentes para conocer las acciones sobre universalidad de bienes cuando la ley material aplicable a dicha universalidad resulte ser la peruana, dentro de estas acciones relativas a la universalidad de bienes se encuentran la acción de insolvencia a un deudor. En tal sentido, se establece la inversión del método conflictual, ya que se parte de la competencia

⁸³¹ TOVAR GIL, María del Carmen, “Código Civil Comentado”, Tomo X, Lima: Gaceta Jurídica, 2010, p. 545.

legislativa para determinar la competencia judicial. Si nuestra norma de Derecho internacional privado señala como norma material aplicable al concurso la norma peruana, entonces el juez peruano será competente aunque se trate de personas domiciliadas en el extranjero.

De lo expuesto, queda claro que el juez peruano es competente en la declaración de concurso de una persona domiciliada en el Perú, a pesar de que las partes de la relación jurídica se encuentren en diferentes Estados⁸³²; no obstante, cuando la persona *no tenga domiciliado* en el Perú sólo será competente el juez peruano cuando la ley material peruana sea aplicable.⁸³³

Sin embargo, no se encuentra en nuestro ordenamiento una norma conflictual que trate el tema del concurso. En relación a ello concuerdan el Doctor DELGADO BARRETO y la Doctora TOVAR GIL señalando:

*“habrá que interpretar que la ley peruana es aplicable cuando la obligación incumplida que originó la cesación de pagos estaba sometida a la ley nacional; y en el caso de que fue el incumplimiento de más de una obligación lo que trajo la cesación de pagos, habrá que determinar casuísticamente la ley aplicable teniendo en cuenta en la mayoría de obligaciones incoadas pudiendo presentarse casos de difícil situación”.*⁸³⁴

Al respecto consideramos que dicha propuesta no resultaría adecuada, pues no hay seguridad jurídica para las partes de un procedimiento de insolvencia, *ex ante* el mismo, sobre la aplicación de la norma nacional, dado que la obligación incumplida podría estar sometida a la ley nacional u a otra. Asimismo, dada la fuerte actividad comercial de las empresas en el mercado, los procedimientos concursales actualmente son productos de más de una obligación incumplida presentándose problemas al momento de determinar si éstas estaban sometidas a la ley nacional o no.

⁸³² En el mismo sentido quedó regulado el artículo 2.1. de la LGSC que nos señala que la Ley peruana es aplicable obligatoriamente para los procedimientos concursales de los deudores que se encuentren domiciliados en el Perú.

⁸³³ TOVAR GIL, María del Carmen. Op. cit., p. 546.

⁸³⁴ DELGADO BARRETO, César, DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y César Lincoln CANDELA SÁNCHEZ, Op.cit. p. 257. TOVAR GIL, María del Carmen. Código Civil Comentado. Tomo X. Gaceta Jurídica. 2010.pp, 545 y 546.

Además considerando que las disposiciones de nuestro ordenamiento deben guardar armonía entre ellas e impulsar a una misma meta, siendo el objetivo del Sistema Concursal peruano la protección del crédito, éste se encuentra mejor protegido *ex ante* el procedimiento si las partes pueden tener seguridad jurídica sobre la norma aplicable al procedimiento concursal. Puesto que el valor del crédito dependerá en gran medida del análisis que el acreedor hace sobre los riesgos para recuperar el mismo, al no encontrar una disposición clara que indique la norma que regirá el procedimiento concursal considerará mayor el riesgo de recuperar su crédito, por lo que las tasas de interés serán más altas, perjudicando al mismo deudor.

En el Derecho concursal contemporáneo la norma conflictual que se utiliza es:

“El proceso de insolvencia estará sometido al derecho del Estado de apertura de dicho procedimiento”.

Así el *FORÚM* y *IUS* están atados, el *forúm* está determinado por el “*centro de los principales intereses del deudor*” que, en principio, se encuentra localizado en el domicilio del deudor para el procedimiento principal, y en el caso del procedimiento secundario por el *establecimiento del deudor o lugar de ubicación de los bienes*.

En el Derecho internacional privado respecto al tema del concurso internacional hay un consenso de que la competencia legislativa deriva de la competencia judicial, dada la naturaleza altamente procesal del concurso. Por ello, no obstante lo mencionado, nosotros consideramos que a pesar de que la solicitud de apertura del concurso constituye una acción relativa a la universalidad de bienes en ella no cabe la aplicación de la inversión del método conflictual que observamos en el primer párrafo del artículo 2061 CC, siendo ésta una excepción a este principio, que es desarrollada en el segundo párrafo del mismo. Además nuestra legislación ha adoptado el principio de territorialidad moderada para la regulación del concurso internacional por lo que no será posible que el patrimonio del deudor sea tratado, en principio, por una misma ley.

Es por ello que el mismo artículo en su segundo párrafo desarrolla una excepción para el caso del concurso y deja a salvo la competencia del juez peruano para atender las acciones de insolvencia de una persona *no domiciliada* en el Perú que haya sido declarada en quiebra por un tribunal extranjero, respecto de sus bienes situados en su territorio, pese a que se éstos formen parte integrante de una universalidad y que, en principio, deberían tener un tratamiento jurídico unitario que se busca en la universalidad de bienes. Hay una atribución de competencia derivada de la localización del bien del deudor.

Asimismo, la Doctora REVOREDO MARSANO⁸³⁵ señala en la exposición de motivos del Código Civil:

“La última parte del artículo citado deja a salvo, sin embargo, la competencia jurisdiccional peruana para conocer de las acciones relativas al patrimonio declarado en quiebra, cuando existan bienes situados en la República, por considerar que el fórum rei situs (foro del lugar de la situación de los bienes) presenta una vinculación fáctica y efectiva tan robusta con los bienes y con los acreedores locales en el caso de la quiebra internacional, que se impone razonablemente a la concepción jurídica que cohesiona la universalidad, en la medida de lo dispuesto en el título IV del libro X”

Al respecto, el artículo bajo análisis es una norma de competencia judicial directa⁸³⁶ del juez peruano, en la que si bien se indica que deben respetarse las reglas sobre reconocimiento y sentencias extranjeras que establece el título IV respecto al reconocimiento de las sentencias de quiebras, no significa que debido a la denegación de exequátur de la misma bajo dicho título no podrá abrirse un procedimiento concursal territorial. El segundo párrafo del artículo 2061 CC contempla la apertura de un procedimiento concursal cuya atribución de competencia al juez peruano está dada en función a la ubicación de los bienes del deudor en el territorio nacional, independientemente del reconocimiento de una sentencia extranjera de insolvencia. Por ejemplo, podría darse el caso de que una sentencia extranjera que declara la apertura del

⁸³⁵ REVOREDO MARSANO, Delia. En: Código Civil: “Exposición de Motivos”. Parte III, Lima: OKURA Editores S.A. 1985, p, 932.

⁸³⁶ En el caso de la competencia directa cada jurisdicción tiene asignada una competencia concreta e irrenunciable en la materia del conflicto que se fije; y, la competencia indirecta del juez es producto de la posibilidad de reconocimiento de decisiones extranjeras en un procedimiento nacional.

procedimiento de insolvencia no sea reconocida en el Perú porque se ha vulnerado el debido proceso del deudor en el procedimiento concursal extranjero; en consecuencia, el juez peruano podría rechazar el exequátur de dicha sentencia por cuestiones de orden público internacional. No obstante ello, conforme al segundo párrafo de este artículo, los acreedores de dicho deudor podrían abrir un procedimiento de insolvencia respecto a los bienes que se encuentran en el territorio Peruano, derivándose la competencia del juez peruano de la localización de los bienes del deudor, de modo que no se afecte el derecho de los acreedores nacionales.

El Tribunal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y La Propiedad Intelectual –INDECOPI- se ha pronunciado sobre este artículo en la Resolución N° 0335-2000/TDC-INDECOPI, caso *Baxter Export Corporation y Laboratorios Baxter S.A. vs. Proveedores Hospitalarios S.A. (Prohosa)*, manifestando lo siguiente:

“El segundo párrafo de este artículo especifica que para el patrimonio declarado en quiebra por otro Estado –que conforme a lo anterior se aplicaría solamente para personas no domiciliadas en territorio peruano-, debe respetarse la competencia peruana respecto de los bienes situados en el Perú. Del orden lógico planteado en el artículo transcrito, se desprende que esto último se refiere a personas no domiciliadas en territorio peruano.

Por ello, la Sala considera que la jurisdicción peruana es competente para conocer los procedimientos de insolvencia de manera obligatoria, cuando se trate de personas domiciliadas en el país, como en el presente caso. Sin embargo, la autoridad concursal peruana no será obligatoriamente competente si se trata de personas que no se encuentren domiciliadas en el territorio peruano, pero sí en lo que se refiere a los bienes situados en el Perú mediante un “procedimiento secundario de insolvencia”.

De la interpretación desarrollada se desprende que nuestro ordenamiento jurídico establece en materia concursal que la competencia de la autoridad concursal peruana es obligatoria para las personas domiciliadas en territorio peruano, el cual constituiría el procedimiento principal de insolvencia. Por otro lado, respecto de personas no domiciliadas en el Perú, la autoridad concursal peruana sólo será competente previo reconocimiento de la sentencia extranjera que declare la insolvencia de dicha persona, y respecto de aquellos bienes que se encuentren

ubicados en el territorio peruano. Este último procedimiento constituiría un procedimiento secundario de insolvencia⁸³⁷ (El subrayado es nuestro).

El Tribunal del INDECOPI al señalar: “respecto de personas no domiciliadas en el Perú, la autoridad concursal peruana sólo será competente previo reconocimiento de la sentencia extranjera que declare la insolvencia de dicha persona”, confunde los alcances del artículo 2061, ya que éste estaría otorgándole competencia al juez peruano de abrir un procedimiento secundario también en los casos de que se rechace el exequátur de una sentencia extranjera que declare la insolvencia del deudor. La competencia del juez peruano aquí es directa, derivada de la localización de los bienes del deudor. En tal sentido, el Tribunal confunde la competencia judicial directa que le atribuye el artículo 2061 al juez peruano, con la competencia indirecta del juez peruano regulado en el Título IV del libro X sobre el reconocimiento de las sentencias extranjeras, y los efectos de la misma regulados en el artículo 2105.

El artículo 2105 regula algunos efectos relativos al *reconocimiento de una sentencia extranjera* (competencia indirecta del juez peruano) del concurso⁸³⁸, éste señala:

“El tribunal peruano que conoce del reconocimiento de una sentencia extranjera de quiebra, puede dictar las medidas preventivas pertinentes desde la presentación de la solicitud de reconocimiento. El reconocimiento en el Perú de una sentencia de quiebra debe cumplir con los requisitos de notificación y publicidad previstos en la ley peruana para las quiebras de carácter nacional.

Los efectos de la quiebra decretada en el extranjero y reconocida en el Perú, se ajustarán a la ley peruana en lo que respecta a los bienes situados en el Perú y a los derechos de los acreedores.

El juez procederá de acuerdo a lo establecido en la ley peruana en cuanto a la formación, administración y liquidación de la masa en el Perú, satisfaciendo los derechos de los acreedores domiciliados y las acreencias inscritas en el Perú, según la graduación señalada en la ley de quiebras.

⁸³⁷ Ver a este respecto la Resolución No. 0335-2000/TDC-INDECOPI de 09 de agosto de 2000.

⁸³⁸ Cabe señalar que este artículo no regula el proceso de reconocimiento en sí, ya que éste es otorgado en nuestro ordenamiento a través de un procedimiento de exequátur, regulado en el artículo 2014.

Si no hay acreedores domiciliados ni acreencias inscritas en el Perú, o si después de haberlos satisfecho conforme éstos conforme a los párrafos precedentes, resulta un saldo positivo en el patrimonio del fallido, dicho saldo será remitido al administrador de la quiebra en el extranjero, previo exequátur ante el juez peruano de la verificación y graduación de los créditos realizados en el extranjero.” (El subrayado es nuestro)

Para el análisis del presente artículo, debido a la extensión del mismo, seguiremos el siguiente esquema: (i) explicaremos por qué algunos de sus términos pese a no haber sido modificados son equivalentes a lo regulado en la legislación actual; (ii) observaremos que sólo se permite abrir un procedimiento liquidatorio; y, (iii) determinaremos desde cuándo surte efectos la sentencia declarativa de insolvencia por un Estado extranjero en nuestro país, y cuáles son éstos.

Entre los términos encontrados en el artículo bajo comentario que podemos considerar desfasados de acuerdo a la legislación actual tenemos: la “quiebra” en general, “ley de quiebras” y “sentencia extranjera de quiebra”.

Al respecto, nos dice el Doctor EZCURRA: *“la referencia que hace nuestro Código Civil debe entenderse como una referencia de modo genérico al proceso concursal de un deudor, sea el proceso uno de liquidación o uno reorganizativo”*⁸³⁹. La alusión a la ley de quiebras parecería referirse exclusivamente a la Ley Procesal de Quiebras de 1932; en efecto, la Ley Procesal de Quiebras de 1932 se encontraba vigente en el momento en que se dio el nuevo Código Civil del 1984 y aquella norma sólo consideraba a la quiebra como único procedimiento concursal.⁸⁴⁰

El referido autor señala que no hay problema en considerar que el artículo 2105 CC al hacer mención a la “Ley de Quiebras” se refiere en sí a la “Ley concursal peruana” que se encuentre vigente, puesto que se observa se utiliza indistintamente ley peruana y ley de quiebras. Este artículo señala de modo genérico a la ley peruana como ley aplicable para

⁸³⁹ EZCURRA, Huáscar. En: “La Quiebra declarada en el extranjero y sus efectos en territorio peruano”. Material proporcionado por el mismo autor vía email.

⁸⁴⁰ *Ibíd.*

determinar las formalidades de notificación y publicación que debe cumplir la sentencia de quiebra extranjera; asimismo, para señalar los efectos de ésta en el ordenamiento peruano; y, también, para establecer los efectos de cómo se conformará, administrará y liquidará la masa. En tal sentido, la referencia que hace el artículo 2105 CC a la Ley de quiebras y a la Ley peruana debe entenderse que es a la Ley General del Sistema Concursal peruano. También encontramos en la norma concursal nacional –en el artículo 6.2- una remisión a las normas de derecho internacional privado para regular el reconocimiento de una sentencia de quiebra, observándose una armonía entre ambos cuerpos normativos.⁸⁴¹

El término de “sentencia de quiebra” se debe entender que resulta aplicable a cualquier declaración de apertura de un procedimiento concursal, ya sea que nos encontremos ante un procedimiento de reestructuración o de liquidación. Cabe recordar que la norma menciona el término de quiebra porque era el único procedimiento que contemplaba la antigua norma y el mismo se realizaba en vía judicial; sin embargo, hoy en día en algunos países, como es el caso nuestro, los procesos concursales se siguen ante una autoridad administrativa y se contempla también el procedimiento de reestructuración.

Por otro lado, el procedimiento a abrirse en el Perú luego del reconocimiento de la sentencia declarativa de quiebra -exequátur- será un procedimiento de liquidación de los bienes que se encuentren dentro del territorio, así lo señala el artículo en cuestión: “(...) *la formación, administración y liquidación de la masa (...)*”. Se dispone que primero deben ser satisfechos los acreedores locales, tantos los que están domiciliados aquí como los que tienen inscrito su crédito en el Perú, si luego hay un saldo positivo del patrimonio del deudor entonces éste será remitido al administrador de la quiebra extranjera.⁸⁴²

Al respecto, debemos recordar que la norma del Código Civil es del año 84, en dicho contexto se privilegiaban las liquidaciones; no obstante, en el contexto actual deberíamos analizar si cabe la posibilidad de tener procesos secundarios de reestructuración para lo cual se observarían dos casos: 1) el caso de que la empresa deudora sólo tenga bienes en el Perú, no podríamos hablar de un proceso secundario de reestructuración pero podríamos

⁸⁴¹ *Ibíd.*

⁸⁴² *Ibíd.*

establecer medidas para colaborar con el proceso principal de reestructuración, siempre que se le permita el acceso al procedimiento extranjero de insolvencia a los acreedores nacionales; 2) el caso de que se encuentre en el Perú un establecimiento comercial de la empresa matriz sometida a un concurso de reestructuración en un país extranjero, podría desarrollarse aquí un procedimiento secundario de reestructuración en coordinación con el procedimiento principal.

El Doctor EZCURRA considera que la finalidad de la norma de establecer dicho procedimiento de liquidación es darle una protección adecuada a los acreedores locales, ya que ellos *“contrataron con el deudor teniendo en cuenta los activos, bienes o derechos del deudor ubicados en territorio peruano que serían los que servirían finalmente como garantía de pago de sus créditos en caso de incumplimiento del deudor”*, sabiendo que la norma peruana sería la aplicable para salvaguardar sus derechos y que la autoridad concursal peruana administraría el proceso.⁸⁴³

Si bien es cierto que el artículo bajo comentario tiene el propósito que el autor expone, un procedimiento secundario que colabore con el procedimiento principal para una reestructuración no tiene por qué alejarse de dicho propósito, podría conseguirse a través de éste incrementar el valor del patrimonio que se encuentra en el Perú para beneficio de los acreedores que participan en el concurso local. Asimismo, consideramos que no debería hacerse una discriminación a los créditos extranjeros, la LGSC no la hace. Al parecer este artículo hace dicha diferencia debido a que tiene su base en la Ley Procesal de Quiebras de 1932, la cual señalaba que: *“La quiebra declarada en un país extranjero no puede invocarse contra los acreedores que el fallido tenga en la República peruana, para disputarles los derechos que pretenden sobre bienes existentes dentro del territorio nacional, ni para anular los actos que haya celebrado el fallido. La Ley establece que no se tomará en consideración a los acreedores que pertenezcan a la quiebra declarada en el extranjero sino para el caso de que, pagados íntegramente los acreedores de la República, resultare un sobrante”*⁸⁴⁴. Esta norma hizo dicha diferencia ya que en aquella época los procedimientos del deudor se llevaban independientemente y predominaba la teoría de la

⁸⁴³ *Ibíd.*

⁸⁴⁴ FLORES POLO, Pedro. *DERECHO DE QUIEBRAS*. TRUJILLO: MARSOL Perú-Editores S.A. 1989. pp. 88-89.

territorialidad, pero hoy ello atenta contra el principio de colectividad de los acreedores y es un óbice para la cooperación entre los tribunales de los Estados.

El procedimiento secundario que se desarrolla en el Perú guarda estrecha vinculación con el proceso concursal principal, dado que la sentencia de éste mediante su reconocimiento vía exequátur dará inicio a dicho procedimiento secundario del concurso en el Perú, y luego la autoridad peruana en caso de remanente -después de haber cancelado todos los créditos de los acreedores locales- deberá remitirlo a la administración extranjera.⁸⁴⁵

En tal sentido, para que la declaración extranjera de suspensión de pagos produzca sus efectos en el Perú será necesario que dicha sentencia se someta a un procedimiento de exequátur, debiendo cumplir lo establecido por los artículos 2102, 2103 y 2104 de nuestro Código Civil. Asimismo, lo reafirma la norma concursal peruana en su artículo 6.2 al indicar que se requiere del reconocimiento de la declaración extranjera del concurso vía exequátur por la autoridad peruana para que surta sus efectos en el Perú.⁸⁴⁶

Ahora cabe preguntarnos ¿a partir de qué momento surte efectos en el Perú dicha declaración de apertura del concurso? Para resolver esta interrogante debemos observar qué clase de reconocimiento admite la norma peruana, el reconocimiento por auto de autoridad o el reconocimiento automático, ambos conceptos desarrollados en el Capítulo II de la presente investigación.

Según lo señalado en el artículo 6.2:

“Las Comisiones son competentes también para conocer de los procedimientos concursales de las personas naturales o jurídicas domiciliadas en el extranjero en caso de que se hubiera reconocido, por las autoridades peruanas correspondientes, la sentencia extranjera que declara el concurso o cuando así lo dispongan las normas de Derecho Internacional Privado (...).” (El subrayado es nuestro).

⁸⁴⁵ *Ibíd.*

⁸⁴⁶ *Ibíd.*

Se observa del texto que nuestra norma contempla un reconocimiento por auto de una autoridad, en consecuencia, sus efectos se producirán a partir de que la autoridad le otorga dicho reconocimiento.

La respuesta anterior debe ser complementada con la siguiente pregunta: ¿qué efectos tiene en el Perú la sentencia extranjera que declara apertura del concurso luego del respectivo exequátur? Para responder a esta pregunta debemos determinar qué modelo acoge nuestra legislación para el caso en cuestión: el modelo de equiparación o el modelo de extensión.

Nuestra norma señala en su artículo 2105:

“El reconocimiento en el Perú de una sentencia extranjera de quiebra debe cumplir con los requisitos de notificación y publicidad previstos en la ley peruana para las quiebras de carácter nacional.

(...)

Los efectos de la quiebra decretada en el extranjero y reconocida en el Perú, se ajustarán a la Ley peruana en lo que respecta a los bienes situados en el Perú y a los derechos de los acreedores. (...)” (El subrayado es nuestro).

Establece así que los efectos del concurso declarado en el extranjero y reconocido en el Perú deberán adecuarse a lo que disponga la norma peruana, es decir, la Ley concursal peruana vigente: Ley General del Sistema Concursal, acogiéndose al *modelo de equiparación*, esto es, asimila las decisiones extranjeras con las nacionales; es decir, se otorga a una decisión extranjera *los mismos efectos que una decisión nacional equivalente*.

En tal sentido, cabe señalar que la declaración de situación de insolvente del deudor contenida en la sentencia extranjera surte efectos a partir del reconocimiento de la misma ante la autoridad peruana; no obstante, al acoger la norma peruana el modelo de equiparación, esta declaración de insolvencia del deudor deberá seguir el mismo camino que la declaración de insolvencia de un deudor por la autoridad concursal nacional para el inicio de un procedimiento de insolvencia local⁸⁴⁷. Así al no contener normas especiales

⁸⁴⁷ Tomando en cuenta las limitaciones que la norma concursal peruana señala para estos casos, es decir, solo se podrá abrir un procedimiento liquidatorio.

para este tipo de procedimientos de insolvencia se entiende que son aplicables las normas generales de la LGSC.

El Doctor EZCURRA señala que dado los efectos del concurso declarado en el extranjero, tales como, suspender o modificar los términos de relaciones obligacionales de personas no deben perjudicar a quienes no han participado en el procedimiento iniciado en el extranjero, no se le otorga un efecto retroactivo a dicha sentencia. Estos efectos solo pueden desplegarse a partir de que dicho concurso es reconocido y publicitado en el Estado donde pretende ejecutarse y donde tiene bienes o derechos y acreedores.⁸⁴⁸

Según lo expuesto los efectos de sentencia extranjera no son retroactivos, por tanto, las medidas para la protección del patrimonio respecto de los bienes ubicados en el Perú tampoco lo serán a la fecha que se abrió el procedimiento en el extranjero. En consecuencia, podría efectuarse la disminución del patrimonio del deudor, ya que éste queda desprotegido desde el tiempo que se dictó la sentencia o auto de insolvencia en el país extranjero y el pedido de exequátur ante el juez peruano.

Nuestra norma concursal peruana en el artículo 6.2. dispone que la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPI tendrá competencia para conocer el procedimiento del deudor declarado en insolvencia por una autoridad extranjera -previo reconocimiento de la sentencia vía exequátur- únicamente sobre los bienes que se encuentren en el Perú. Respecto a los mecanismos de protección del patrimonio del deudor concursado ambos requieren para surtir efectos ciertas formalidades, tales como, la previa notificación en el caso de la ineficacia concursal, y de la publicación del concurso en el caso de la inexigibilidad de las obligaciones.⁸⁴⁹

Es así que los efectos del reconocimiento de la sentencia extranjera de declaración de un concurso respecto, en particular, a los efectos de la protección del patrimonio del deudor concursado situados en el territorio peruano se desplegarían desde que:⁸⁵⁰

⁸⁴⁸ *Ibíd.*

⁸⁴⁹ *Ibíd.*

⁸⁵⁰ *Ibíd.*

1. Se hubiera notificado a los terceros afectados por el inicio del procedimiento concursal secundario en el Perú, previo el correspondiente exequátur. Para la aplicación del artículo 19.1 y 19.2 respecto de la ineficacia concursal.
2. Se hubiera publicado el concurso extranjero en el Perú, de acuerdo a las disposiciones del artículo 32 de la LGSC. Para la inexigibilidad de las obligaciones (art. 17) y la prohibición de los actos de ejecución forzosa contra los bienes y derechos del deudor que se encuentren en territorio peruano (art. 18.1 y 18.4).

Nosotros nos preguntamos si realmente se protege el crédito al no permitir que la fecha de corte se constituya desde que se abrió el proceso de insolvencia en el extranjero, puesto que conforme a lo observado existen grandes posibilidades de que los acreedores o el mismo deudor realicen actos que puedan afectar el patrimonio concursado. Los acreedores locales estarían mejor protegidos si la sentencia extranjera de insolvencia tuviera efectos retroactivos, previa verificación de que los acreedores locales fueron notificados, o que se hizo la publicidad respectiva de la apertura del procedimiento extranjero según las normas de nuestro derecho interno, es decir, la publicación en el diario oficial El Peruano, actos que correspondería realizar a la autoridad del concurso extranjero. Debemos señalar que esta idea no se aleja de la realidad, por ejemplo, en los casos de procedimientos de insolvencia transnacionales abiertos en España se observa que se notifica la apertura de los mismos a los acreedores extranjeros vía correo electrónico, o un medio válido según su norma concursal interna y que el juez está autorizado, cuando así convenga a los intereses del concurso, realizar la publicación de la sentencia de apertura del concurso en el Estado extranjero, conforme al derecho interno del mismo.⁸⁵¹

⁸⁵¹ Norma concursal Española: Ley 22/2003 (09 de julio)

Artículo 214. Información a los acreedores en el extranjero.

1. Declarado el concurso, la administración concursal informará sin demora a los acreedores conocidos que tengan su residencia habitual, domicilio o sede en el extranjero, si así resultare de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón constare en el concurso.
2. La información comprenderá la identificación del procedimiento, la fecha del auto de declaración, el carácter principal o territorial del concurso, las circunstancias personales del deudor, los efectos acordados sobre las facultades de administración y disposición respecto de su patrimonio, el llamamiento a los acreedores, incluso a aquellos garantizados con derecho real, el plazo para la comunicación de los créditos a la administración concursal y la dirección postal del juzgado.
3. La información se realizará por escrito y mediante envío individualizado, salvo que el juez disponga cualquier otra forma por estimarla más adecuada a las circunstancias del caso.

Este análisis nos permite concluir que: 1. El exequátur de una sentencia extranjera de apertura del concurso implica el reconocimiento universal del hecho que generó el estado de insolvente del deudor; 2. El reconocimiento de dicha sentencia no tiene efectos retroactivos en el Perú; 3. Los efectos tradicionales del marco de protección legal del patrimonio concursado, respecto de los bienes que se encuentran en el Perú, se regirán por lo dispuesto en la normal concursal peruana.

2.2.2. El Concurso internacional en la Ley General del Sistema Concursal.-

La Ley General del Sistema Concursal a pesar de sus diversas modificaciones -siendo la más importante la del Decreto Legislativo N° 1050 en el año 2008- no contempló algún avance en el tratamiento de los procesos concursales con carácter internacional. Así la norma mantuvo los escasos artículos que tratan algunos aspectos del concurso internacional y que no ayudan a lograr el objetivo que la norma propone, como lo veremos a continuación.

El Título Preliminar artículo IV señala lo siguiente:

“Los procedimientos concursales producen sus efectos sobre la totalidad del patrimonio del deudor, con las excepciones establecidas expresamente por la ley.” (El subrayado es nuestro).

Este artículo proclama el principio de universalidad, es decir, los efectos del procedimiento deben extenderse a todo el patrimonio del deudor, salvo algunas excepciones expresamente estipuladas en la norma. Adoptar este principio es coherente con el objetivo del sistema

Artículo 215. Publicidad y registro en el extranjero.

1. El juez, de oficio o a instancia de interesado, podrá acordar que se publique el contenido esencial del auto de declaración del concurso en cualquier Estado extranjero donde convenga a los intereses del concurso, con arreglo a las modalidades de publicación previstas en dicho Estado para los procedimientos de insolvencia.
2. La administración concursal podrá solicitar la publicidad registral en el extranjero del auto de declaración y de otros actos del procedimiento cuando así convenga a los intereses del concurso.

concurzal de “proteger el crédito”, puesto que protegiendo la totalidad del patrimonio concursado se evitaran ejecuciones individuales del acreedor o actos de disposición del deudor que pueden disminuir el valor del mismo. No obstante, no se observan en el ordenamiento peruano medidas que permitan que esos efectos se den sobre **todo** el patrimonio concursado. ¿Debemos entender acaso que el principio de universalidad en el ordenamiento peruano es un principio limitado a los bienes que se encuentran dentro del territorio nacional?

Al respecto, la norma concursal en su artículo 6 inciso 2° es clara y directa al delimitar la competencia de la autoridad administrativa y su campo de acción sobre los bienes que se encuentran en territorio nacional respecto de los procedimientos concursales de deudores domiciliados en el extranjero. Sin embargo, en el mismo artículo incisos 1 y 3 al referirse a la competencia de la autoridad administrativa peruana para abrir el procedimiento concursal de los deudores domiciliados en el Perú (6.1), pese a tener elementos extranjeros (6.3), no delimita expresamente su campo de acción a los bienes que se encuentran en territorio nacional. Asimismo, la LGSC en su artículo 2 inciso 1, sobre ámbito de aplicación de la Ley, señala que la norma es aplicable a los procedimientos concursales de los deudores que se encuentran domiciliados en el Perú y no manifiesta alguna excepción para su sola aplicación a los bienes que se encuentran en territorio peruano. En conclusión, de una lectura coordinada de los artículos IV, 2 y 6 de LGSC debemos entender que la norma busca tener efectos en la **totalidad** del patrimonio del concursado, pero el despliegue de esos efectos -en la medida de lo posible- a un territorio extranjero dependerá de la colaboración y coordinación con los tribunales de otros Estados, mecanismos de los cuales carece nuestro sistema concursal.

La norma concursal peruana en su artículo 2 inciso 1 expone:

2.1 “La ley se aplica obligatoriamente a los procedimientos concursales de los deudores que se encuentran domiciliados en el país, sin admitir pacto en contrario. No son oponibles para efectos concursales los acuerdos privados relativos a la sustracción de la ley y jurisdicción peruana”.

El presente artículo delimita la competencia de la norma peruana a los deudores que se encuentren domiciliados en el Perú. En tal sentido el profesor TOVAR⁸⁵² nos dice que esta norma establece su alcance internacional señalando que será aplicable a todo deudor domiciliado en el Perú. El factor de conexión de esta ley es el domicilio del deudor pero no es una norma bilateral que señale un factor de conexión en general para la insolvencia internacional, sino que se limita a determinar su propia competencia, siendo este artículo una norma unilateral.

Así, la Ley se declara aplicable a los procedimientos concursales de todo deudor domiciliado en el país, sin admitir pacto en contrario. Entendiéndose como deudor tanto a las personas jurídicas cuyo domicilio señalado en sus estatutos y debidamente inscritos en Registros Públicos se ubiquen en territorio peruano, a las personas naturales y a las sociedades conyugales domiciliadas en el país; así como a las sociedades indivisas cuyo último domicilio se encuentre en el país.

Sin embargo, el artículo bajo comentario no se pronuncia sobre su competencia para regir los procedimientos concursales abiertos a un deudor no domiciliado en el Perú, con motivo de un exequátur, o en aplicación a las normas de Derecho internacional privado. No obstante del análisis del artículo 2105 del CC podemos afirmar que las disposiciones generales de la norma concursal peruana serán aplicables a dicho procedimiento, al no encontrar en la norma interna un tratamiento especial para este tipo de procedimiento, que la doctrina ha denominado *procedimiento secundario*.

Por otro lado, este artículo establece una importante limitación, ésta es la prohibición de acuerdos privados destinados a sustraerse de la ley concursal y jurisdicción peruana a cualquier deudor domiciliado en el Perú.

Sobre este tema debemos señalar que, en principio, en materia contractual las partes gozan de la autonomía de la voluntad para determinar el contenido e incluso la jurisdicción aplicable a sus acuerdos; sin embargo, cuando se trata de la aplicación de la Ley concursal

⁸⁵² TOVAR GIL, Javier. Sentencia de Quiebra. Código Civil comentado. Tomo X, Lima: Gaceta Jurídica, 2010, p, 674.

es la voluntad del legislador la que prima por encima de la voluntad de las partes y por lo tanto estos pactos no serán reconocidos en el Perú.⁸⁵³ Esta norma pone límites a esos contratos en razón de la naturaleza de orden público del régimen concursal que deriva del compromiso que se tiene frente a los intereses de un colectivo de acreedores, que serían lesionados si el concurso se realiza en una jurisdicción diferente al domicilio del deudor.⁸⁵⁴

Al establecer esta prohibición sobre acuerdos privados respecto a la competencia y legislación aplicable al concurso, se evitan algunos problemas, tales como el fórum shopping y el fraude a la ley. Respecto al primero la norma evita que las partes puedan escoger someter el procedimiento concursal a cualquier otra jurisdicción que también podría resultar ser competente, con normas que beneficien más a una de las partes, escapando así de la jurisdicción peruana. El fraude a la ley se manifestaría como consecuencia de alterar la competencia de la autoridad administrativa peruana, logrando así que ésta sea desplazada al juez extranjero quien aplicaría la norma concursal de su foro, burlando de este modo también la ley peruana que en principio sería aplicable.

En el artículo 6 inciso 1, 2 y 3 delimita la atribución de competencia de la autoridad concursal:

6.1. Las Comisiones son competentes para conocer los procedimientos concursales de todos los deudores domiciliados en el Perú.

6.2. Las comisiones son competentes también para conocer de los procedimientos concursales de personas naturales o jurídicas domiciliadas en el extranjero en caso de que se hubiera reconocido, por las autoridades judiciales peruanas correspondientes, la sentencia extranjera que declara el concurso o cuando así lo dispongan las normas de Derecho Internacional Privado. En ambos supuestos dichas competencias se extenderán exclusivamente a los bienes situados en el territorio nacional.

6.3. La Autoridad peruana será competente para conocer procedimientos concursales que se promueven contra deudores domiciliados en el país,

⁸⁵³ Cf. AGUIRRE MORENO, Karla. “Aplicación de la Ley”, ESPINOZA ESPINOZA, Juan y ATOCHE FERNÁNDEZ, Paola. Op. cit. p. 112.

⁸⁵⁴ Cf. ROJAS LEO, Juan Francisco. “Comentarios de la Ley General del Sistema Concursal”. Lima: ARA, 2002, p. 41.

incluso en aquellos casos en que parte de sus bienes y/o derechos que integran su patrimonio se encuentran fuera del territorio de la República.

En este artículo la norma recoge el criterio de domicilio del deudor para la atribución de competencia jurisdiccional. Es posible afirmar que por la redacción del artículo, sumado a la exposición de motivos del proyecto de la LGSC, dicha competencia territorial es improrrogable. En consecuencia, no son válidos los pactos suscritos entre el deudor y los acreedores que acuerden una jurisdicción extranjera cuando el deudor se encuentra domiciliado en el Perú.⁸⁵⁵

El criterio del domicilio no constituye una disposición aislada en nuestro ordenamiento, sino que guarda perfecta armonía con lo que establece el artículo 2057 del Código Civil: “*Los tribunales peruanos son competentes para conocer las acciones contra personas domiciliadas en el territorio nacional*”⁸⁵⁶ y con los tratados internacionales, tales como, el Tratado de Montevideo y el Código Bustamante.

El legislador en el inciso 1 de esta disposición ha delimitado la competencia para abrir procedimientos concursales a la autoridad concursal nacional respecto de los deudores domiciliados en el Perú, reservándose la competencia exclusiva de estos procedimientos, y busca evitar así que las partes puedan burlar la jurisdicción nacional y busquen una jurisdicción extranjera más favorable de acuerdo a sus intereses, esto es, el *fórum shopping*. No obstante, no ha tratado las diversas problemáticas que se generan alrededor de la competencia jurisdiccional en el tema de los concursos transnacionales y que desarrollaremos posteriormente, dando como propuesta que el factor de atribución de competencia de la autoridad concursal nacional se determine por el *centro de los intereses principales del deudor*.

El inciso 2 de este artículo es una excepción a la regla general del domicilio, establece la competencia de la autoridad concursal peruana para regir los procedimientos concursales abiertos a un deudor no domiciliado en el Perú, cuya atribución de competencia viene

⁸⁵⁵ TRISOGLIO CARRIÓN, Marcos y PRIORI SANTORO, Enrique. “Reglas de Competencia y Jurisdicción aplicable”. ESPINOZA ESPINOZA, Juan y ATOCHE FERNÁNDEZ, Paola. Op. cit. p, 137.

⁸⁵⁶ *Ibíd.*

derivada de la localización de los bienes del deudor en su jurisdicción; por ello, la norma delimita la extensión de la misma a los bienes situados en territorio nacional. Asimismo, cabe resaltar que este inciso nos señala que este tipo de procedimiento concursal – procedimiento secundario- será abierto en dos supuestos: (i) posterior al reconocimiento, por el juez peruano, de la sentencia que declara la apertura del procedimiento concursal del deudor domiciliado en el extranjero, esto es, el exequátur; o, (ii) cuando las normas de derecho internacional privado atribuyan a la autoridad peruana la competencia para la apertura del procedimiento concursal de un deudor no domiciliado, esto es, lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 2061 CC.

El Doctor TRISOGLIO señala que el criterio de establecer el lugar donde se encuentran los bienes del deudor excepcionalmente como factor de atribución de competencia del juez peruano, se encuentran también establecido en las normas de Derecho internacional Privado de nuestro Código Civil, estas son, los artículos 2058 y el 2061. En el primero se regula la competencia exclusiva del juez peruano sobre acciones reales sobre bienes muebles situados en el país. Respecto al segundo, regula el caso de una persona declarada en quiebra en el extranjero, el juez peruano será competente respecto de los bienes que se encuentran en el territorio nacional.⁸⁵⁷ Al respecto, debemos señalar que si bien el legislador pudo considerar la competencia exclusiva otorgada al juez peruano respecto de derechos reales sobre los bienes situados en el territorio nacional (2058.3 CC) para establecer esta excepción, no consideramos que su intención haya sido referirse a este artículo cuando menciona: *“Las comisiones son competentes también para conocer de los procedimientos concursales de personas naturales o jurídicas domiciliadas en el extranjero (...) cuando así lo dispongan las normas de Derecho Internacional Privado”* (el subrayado es nuestro), puesto que entendemos que al ser esto una excepción a la regla general, debe haber una disposición expresa a que atribuya la competencia para conocer un procedimiento concursal de este deudor a la autoridad peruana, tal como lo hace el artículo 2061 CC.

La razón práctica de permitir la apertura de un procedimiento concursal respecto de los bienes que se encuentran en el territorio nacional ha sido expuesta por el Doctor FLINT:

⁸⁵⁷ Ídem, p, 138.

“A través de la regulación señalada en los párrafos anteriores, se otorga seguridad a los acreedores extranjeros y nacionales de hacer valer sus derechos frente al deudor concursado dentro o fuera del territorio de la República, respectivamente, en armonía con las normas de Derecho Internacional Privado”.

Al respecto, cabe señalar que a pesar de que los acreedores nacionales como extranjeros podrán presentarse al procedimiento, la legislación nacional ha dispuesto que los bienes ubicados en el territorio nacional -de un deudor no domiciliado- serán dispuestos para pagar a los acreedores domiciliados y a las acreencias inscritas en el Perú (art. 2105 CC), en tal sentido, la norma busca proteger solo los créditos locales, discriminando a los créditos extranjeros, como ya ha sido expuesto, esto se debe a que la Ley Procesal de Quiebras de 1932, norma vigente cuando se promulgó el Código Civil, establecía dicha diferencia que se ha dejado de lado en la LGSC.

En el inciso 3° del presente artículo observamos que la autoridad concursal es competente para declarar el concurso de los deudores que están domiciliados en el Perú -regla general de competencia- aun si parte de su patrimonio está en el extranjero, lo que la doctrina ha denominado *“concurso transfronterizo”*.

El Doctor ROJAS nos dice que la disposición de esta norma:

*“queda condicionada a la reciprocidad que pudiera existir en las distintas legislaciones internacionales pues es una intromisión de la legislación peruana en los bienes que se encuentran bajo soberanía territorial distinta y que incluso pudieran estar afectados al pago de obligaciones contraídas en el extranjero”.*⁸⁵⁸

En ese sentido, la competencia de la autoridad peruana y, por ende, de la norma concursal nacional sobre los bienes del deudor que se encuentran en un territorio extranjero quedan supeditadas a lo que el Estado extranjero disponga, si tiene una regulación basada en la teoría de la universalidad o universalidad moderada permitirá que la norma peruana despliegue todos sus efectos, en el primer caso, o algunos efectos en el segundo supuesto; de otro modo, el destino de los bienes del deudor en dicho territorio se regirán por lo que diga aquella legislación extranjera, en base a la teoría de la territorialidad.

⁸⁵⁸ ROJAS LEO, Juan Francisco. Op. cit., p. 48.

Nosotros consideramos que el legislador debería prever lo expuesto e introducir en nuestro ordenamiento normas que desarrollen mecanismos de cooperación y coordinación con los Estados donde el deudor tenga sus bienes, de modo que se pueda proteger el patrimonio del deudor en su integridad. Tal vez no sea posible que todo el patrimonio concursado termine siendo alcanzado por una sola norma, en este caso, la norma concursal peruana; sin embargo, la autoridad concursal del Estado extranjero podría utilizar sus mecanismos de protección concursal y así salvaguardar la integridad del patrimonio del deudor, evitando que sus bienes sean ejecutados individualmente por los acreedores locales y extranjeros.

Finalmente debemos tratar los problemas que se presentan sobre la competencia jurisdiccional en los procedimientos de insolvencia transnacionales que la LGSC no ha contemplado, a través de los siguientes supuestos:

1. Los conflictos negativos de competencia jurisdiccional en materia concursal.-

El Doctor PINKAS FLINT nos plantea el siguiente caso: “

“Una empresa panameña que tiene todos sus bienes en Perú y su domicilio en Panamá pero ninguna operación en ese país. En Panamá el pedido de insolvencia será rechazado porque nunca operó allá. En el Perú donde se hayan sus bienes y realiza operaciones no podrá actuar por no estar domiciliado”.⁸⁵⁹

En este supuesto ni los acreedores ni el deudor podrán abrir un procedimiento concursal, quedando el patrimonio del deudor insolvente expuesto a las diversas problemáticas que se generan debido al estado de crisis de las empresas y que ya se ha analizado.

En tal sentido, la norma debería prever tales supuestos y contemplar la posibilidad de cambiar el factor de conexión del domicilio del deudor por el *centro de las actividades principales* del deudor, ya que da una mayor seguridad de ser el lugar donde se encuentran sus principales activos y su domicilio real.

⁸⁵⁹ FLINT, Pinkas. “Tratado de Derecho Concursal”. Lima: GRIJLEY. 2004., p. 224.

2. Los conflictos positivos de competencia jurisdiccional en materia concursal.-

Analicemos el siguiente caso:

Una empresa que tiene su domicilio social en el Perú y su centro de intereses principales en Panamá. Un grupo de acreedores solicitan la apertura del procedimiento concursal ante la autoridad peruana y otro grupo de acreedores solicita la apertura del procedimiento concursal de la misma empresa ante el juez del Estado de Panamá, ambas autoridades se declararán competentes y abrirán un procedimiento concursal principal en sus respectivos Estados.

De darse este supuesto los más perjudicados serían los acreedores que iniciaron el procedimiento concursal en nuestro territorio dado que al encontrarse el centro de los intereses principales de la empresa concursada en Panamá, se entiende que los principales activos, la mayor parte de la masa patrimonial, se encuentra ubicada también allí; en consecuencia, los acreedores del concurso en Panamá tendrán mayor respaldo para sus acreencias.

Asimismo, una decisión de reestructurar la empresa de los acreedores del concurso peruano no será viable si los acreedores del concurso panameño decidieron llevar a cabo un procedimiento de liquidación de la misma, debido a que es en este país donde se encuentran los principales activos del patrimonio concursado y sin ellos no es posible llevar a cabo la reestructuración. En el caso de que los acreedores del concurso seguido en el Perú decidan liquidar la empresa y los acreedores del concurso extranjero decidan reestructurarla, éstos no contarán con la colaboración de la autoridad concursal peruana, aún si pretenden que dicho concurso sea reconocido en el Perú porque la LGSC dispone la *competencia jurisdiccional exclusiva* de la autoridad peruana para el caso de los deudores domiciliados en el territorio nacional.

De lo expuesto, encontramos un motivo más para cambiar el factor de atribución de la competencia jurisdiccional actual del domicilio del deudor al *centro de los principales intereses* del éste.

3. El problema del *fórum shopping*.-

Observemos el siguiente caso que podría ocurrir para burlar la competencia de la autoridad administrativa peruana:

Un deudor con domiciliado social y centro de los intereses principales en el Perú, conociendo que está próximo a ser sometido a un procedimiento concursal por sus acreedores cambia su domicilio social a un país extranjero, con las mismas disposiciones sobre competencia jurisdiccional que la norma peruana, pero con una regulación más favorable a los deudores.

En el caso presentado el deudor está burlando la competencia de la autoridad peruana para declarar su situación de concurso, ha trasladado el factor de atribución de competencia: su domicilio social al país extranjero para conferirle competencia al juez extranjero, aplicándose así las normas concursales de esta jurisdicción que serían más favorables a su condición de deudor.

Tal vez podría sancionarse esta práctica cuando se solicite ante el juez peruano el exequátur de dicha sentencia que declara la apertura del procedimiento concursal por haber burlado la norma de competencia exclusiva de la autoridad peruana, pero dependerá del análisis que realice el juez sobre esta figura de fraude a las normas de competencia jurisdiccional, es decir, el *fórum shopping*.

Debido a que modificar el factor de atribución de competencia jurisdiccional en materia concursal resulta más fácil cuando este es el domicilio social del deudor, consideramos adecuada una modificación de la norma concursal peruana que señale como nuevo factor de atribución de competencia al *centro de los principales intereses del deudor*, éste tiene menos posibilidades de ser modificado.

Por otro lado, respecto a la competencia legislativa, además de la omisión de la ley aplicable al concurso internacional, no se ha regulado la ley aplicable a materias, tales como, la compensación, los derechos reales, los efectos del concurso sobre los contratos, entre otros, en tal sentido, los acreedores en un concurso internacional no podrán saber si la ley aplicable es la *lex fori* o la *lex causae*.

Ahora bien, después de todo lo expuesto, debemos analizar si el objetivo de la LGSC, tal como se encuentra nuestra legislación, logra ser alcanzado en los concursos transfronterizos. El Título Preliminar la LGSC, artículo I, declara:

“El objetivo de la presente ley es la recuperación del crédito (...)”

Nosotros consideramos que tal objetivo sólo se cumple en el caso de un concurso nacional, no en un concurso internacional. Como se ha señalado: *“el concurso sólo logra sus objetivos si cuenta con los instrumentos necesarios para realizarlos”*, en el caso del concurso trasfronterizo se requiere que estos instrumentos tengan un alcance extraterritorial, o normas de colaboración y coordinación con las autoridades extranjeras donde el deudor concursado tiene parte de su patrimonio o acreedores.

A continuación analizaremos por qué el crédito no se encuentra protegido en el caso de un concurso con carácter internacional en el ordenamiento peruano.

Han manifestado diversos autores que la norma concursal debería prever la protección del crédito *ex ante* y *ex post* el concurso; a razón de ello la LGSC ha desarrollado mecanismos que protegen el crédito *ex ante* (procedimiento preventivo, seguridad jurídica) y *ex post* (protección legal del patrimonio) el concurso, pero estos cumplen su cometido sólo en procedimiento concursal local. Considerando que muchos deudores -entendidos éstos como grandes empresas- tienen elementos extranjeros en sus diversas relaciones comerciales, al caer éstos en estado de insolvencia se generaría un concurso internacional, derivándose de éste diversos problemas no previstos por nuestra norma concursal; de modo que, cabe preguntarnos si ¿realmente se encuentra protegido el crédito en la LGSC?

Ahora observemos por qué el crédito no se encuentra protegido *ex ante* la insolvencia cuando el concurso presenta elementos extranjeros, es decir, en un concurso internacional. Se ha señalado que la protección del crédito *ex ante* se alcanza teniendo normas claras que permitan a los acreedores hacer el estudio de los riesgos de la recuperación del crédito en caso que el deudor caiga en insolvencia, así si el acreedor observa que tiene altas posibilidades de recuperar su crédito la tasa de interés será menor. Al respecto, nuestra legislación nacional carece de normas para regular las situaciones que se generan alrededor de los concursos transfronterizos. Por ejemplo, no hay una norma conflictual que designe la ley aplicable al procedimiento concursal, no hay normas que den solución a los problemas de competencia jurisdiccional, y el factor de conexión para la atribución de la misma no es el adecuado. Todas estas situaciones crean inseguridad jurídica para las partes y al ser detectadas por los acreedores considerarán que el riesgo de recuperación del crédito es mayor, subiendo la tasa de interés de los mismos y perjudicando el acceso al crédito de los agentes del mercado.

Por otro lado, si analizamos la protección del crédito *ex post* la insolvencia del deudor encontraremos que estas situaciones que genera el concurso transfronterizo y que no se encuentran adecuadamente reguladas, o simplemente no han sido contempladas por la norma concursal, dan como consecuencia que el patrimonio del deudor pueda ser depredado por los acreedores o el mismo deudor, así disminuyen las posibilidades de recuperación del crédito. Por ejemplo, en el caso del reconocimiento de la sentencia que declara la situación de insolvente del deudor al no tener efectos retroactivos al momento que la autoridad extranjera emitió la misma, habrá un periodo de tiempo en que el patrimonio del deudor localizado en el Perú carezca del marco de protección legal que el derecho concursal otorga al mismo, siendo válidas las ejecuciones individuales que los acreedores hayan realizado sobre el patrimonio del deudor. Si este periodo de tiempo es mayor a un año no podrá actuar el periodo de sospecha que nuestra norma contempla quedando firmes los actos de disposición del patrimonio realizados por el deudor.

En conclusión, de lo expuesto podemos afirmar que el objetivo de LGSC no se cumple cuando se trata de un concurso transfronterizo, no hay una adecuada protección del crédito

para estos casos. En tal sentido, se debe regular aquellos supuestos para que la norma pueda lograr su cometido.

Queremos concluir el análisis de la norma concursal peruana señalando que se ha seguido el principio de la territorialidad moderada para regular el concurso internacional, lo cual se manifiesta en lo siguiente:

1. Se reconoce la sentencia o resolución que declara la apertura de un concurso emitida por un tribunal extranjero, a través del exequátur de la misma. Así el ordenamiento peruano al admitir el exequátur de esta sentencia o resolución está admitiendo la universalidad del hecho generador de la insolvencia, el mismo que ha sido declarado de acuerdo al derecho material extranjero y, es posible, que no tenga los mismos supuestos para declarar el estado de insolvencia del deudor que nuestro ordenamiento.⁸⁶⁰
2. El exequátur de esta sentencia o resolución no tiene efecto retroactivo en el Perú, debiendo disponer el juez peruano que la autoridad administrativa competente – INDECOPI- abra un procedimiento de carácter liquidatorio, **independiente** del procedimiento extranjero.
3. Si es rechazado el exequátur de la sentencia o resolución de apertura de concurso, podrán los acreedores abrir un procedimiento concursal –secundario- de carácter liquidatorio.
4. En este procedimiento concursal de carácter liquidatorio el factor de atribución de competencia a la autoridad concursal nacional deriva de la localización de los bienes, y la norma concursal delimita su competencia a los bienes que se encuentran en el territorio nacional.
5. Los efectos tradicionales del concurso, como la protección legal del patrimonio, respecto de los bienes que se encuentran en el Perú, se regirán por lo que disponga la ley peruana.

⁸⁶⁰ Esta situación es razonable porque -como ya lo han expresado muchos autores- el estatuto personal de una persona no puede cambiar de Estado a Estado, no es concebible que pueda tener la condición de insolvente en un Estado y ser solvente en otro.

6. No se observan normas que permitan una plena colaboración y coordinación entre el procedimiento extranjero y el procedimiento nacional por lo que se entiende que ambos se desarrollarán independientemente.

Es posible observar que la norma se apega a la teoría de territorialidad al señalar que los bienes del deudor ubicados en un país se sujetan a la competencia de la autoridad concursal de dicho país, sobre ello se aplican las reglas concursales locales y no establece disposiciones de cooperación y coordinación entre los procedimientos de insolvencia a un mismo deudor, es decir, los procedimientos de insolvencia se realizan de modo independiente. Sin embargo, esta teoría no se aplica en sentido estricto porque se reconoce el concurso abierto en el extranjero y la universalidad del hecho que generó la insolvencia; asimismo, permite entregar lo sobrante al procedimiento extranjero luego de haber cancelado las acreencias locales.

2.3. La Cooperación Judicial Internacional en la legislación peruana.-

La cooperación judicial internacional juega un rol muy importante en el tema de nuestra investigación, ya que en los casos del concurso internacional se encuentran involucrados más de un Estado. En tal sentido, será necesaria la coordinación entre los tribunales a fin de asegurar la rapidez y coherencia del procedimiento, que en el caso resultan claves para que el procedimiento concursal logre su objetivo. Cabe señalar que a pesar de que en nuestro ordenamiento el procedimiento concursal es seguido en vía administrativa, esta autoridad puede solicitar al juez peruano interponga sus oficios para, a través de él, utilizar estos instrumentos de cooperación, en la medida de lo posible.

En nuestra legislación interna este tipo de ayuda está regulada por medio de exhortos o procesos de exequátur; los primeros son medio por el cual un órgano jurisdiccional le solicita a otro que realice actos que tienen como fin surtir efectos en un proceso de conocimiento del comitente⁸⁶¹, y los segundos son un proceso de reconocimiento y autorización de una sentencia extranjera que surtirá efectos en el territorio nacional.

⁸⁶¹ Cf. CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, “Manual de Organización Judicial”, 2º Edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 424.

En el plano internacional hemos suscrito y ratificado algunos convenios que abarcan también este tema, tales como, el Tratado de Montevideo de 1889, el Código Bustamante 1924, La Convención de la Apostilla de 1965, La Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado de 1975 y La Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado sobre la eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros.

2.3.1. *Legislación de fuente Nacional.-*

El exhorto se debe realizar de juez a juez, si una actuación judicial debe practicarse fuera del lugar de la competencia territorial del juez que ve el proceso, éste solicitará su cumplimiento a quien corresponda mediante exhorto.⁸⁶² Cuando se solicita la actuación de un juez extranjero, se debe enviar el exhorto legalizado, siguiendo lo establecido en el Tratado respectivo, a falta de éste se tramitará por el Ministerio de Relaciones Exteriores.⁸⁶³ La tramitación se realizará por intermedio de la Dirección de Asuntos Legales del Ministerio de Relaciones Exteriores, el cual a su vez se comunicará con el encargado en el otro país, lo solicitado por el juez peruano. El tiempo contemplado para dicho trámite “tanto para su remisión, como para su recepción, puede tomar un promedio de 30 a 45 días (...)”.⁸⁶⁴

El Código Procesal Civil en su artículo 152° dispone el contenido del exhorto:

“El exhorto contiene el escrito en que se solicita, la resolución que lo ordena, las piezas necesarias para la actuación judicial y el oficio respectivo”.

Si bien este instrumento configura como un mecanismo de cooperación en la legislación peruana, este trámite puede llegar a ser tedioso, lento y no cumplir con la finalidad perseguida debido al tiempo requerido.

⁸⁶² Artículo 151 del Código Procesal Civil.

⁸⁶³ Artículo 168 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

⁸⁶⁴ Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú. Consultada el 06.11.2012. <<http://www.rree.gob.pe/portal/aconsular.nsf/f7e99ca6ad554d4505256bff006da07a/53e4651b7d79fd6c05256bff007a372a?OpenDocument>>

El procedimiento de exequátur también constituye un mecanismo de cooperación internacional y se encuentra regulado en el Título IV del Libro X del Código Civil. Los requisitos para el reconocimiento de una sentencia extranjera se encuentran en el artículo 2104:

“Para que las sentencias extranjeras sean reconocidas en la República, se requiere, además de lo previsto en los artículos 2102 y 2103.

- 1.- Que no resuelvan sobre asuntos de competencia peruana exclusiva.*
- 2.- Que el tribunal extranjero haya sido competente para conocer el asunto, de acuerdo a sus normas de Derecho Internacional Privado y a los principios generales de competencia procesal internacional.*
- 3.- Que se haya citado al demandado conforme a la ley del lugar del proceso; que se le haya concedido plazo razonable para comparecer; y que se le hayan otorgado garantías procesales para defenderse.*
- 4.- Que la sentencia tenga autoridad de cosa juzgada en el concepto de las leyes del lugar del proceso.*
- 5.- Que no exista en el Perú juicio pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, iniciado con anterioridad a la interposición de la demanda que origino la sentencia.*
- 6.- Que no sea incompatible con otra sentencia que reúna los requisitos de reconocimiento y ejecución exigidos en este Título y que haya sido dictada anteriormente.*
- 7.- Que no sea contraria al orden público ni a las buenas costumbres.*
- 8.- Que se pruebe la reciprocidad.”*

Por otro lado, los artículos 2107 y 2108 establecen algunas formalidades que debe tener la solicitud de ejecución de la sentencia extranjera, tales como, la legalización de ésta y la traducción oficial al castellano, como documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos establecidos en este título. El trámite para la declaración de ejecutoria se ajustará a lo establecido por el Código Procesal Civil.

De lo observado podemos concluir que al igual que los exhortos, el procedimiento de exequátur aquí contemplado resulta un procedimiento largo y complejo, que tendría como consecuencia el peligro de devaluar el valor del patrimonio del deudor.

2.3.2. *Legislación de fuente internacional.-*

Nuestro país ha suscrito convenios a fin de agilizar los trámites en los procedimientos transnacionales, de modo que las partes interesadas se vean beneficiadas en un juicio internacional.

Cabe señalar que ha sido el Derecho Internacional Privado la principal área que se ha preocupado por regular este tema y buscar uniformidad; muestra de ello son los Tratados de Montevideo y el Código Bustamante, que han sido las primeras regulaciones en tratar estos temas de cooperación internacional; no obstante, no fueron desarrollados de modo satisfactorio. El Perú ratificó el Tratado de Montevideo de 1889 y el Código Bustamante.

Asimismo, mediante Resolución Legislativa N° 29445 aprobamos el Convenio de la Apostilla donde se ratifica la adhesión del Perú al Convenio de La Haya del 5 de octubre de 1961, la cual entró en vigencia en el Perú el 30 de setiembre de 2010. Con la publicación de esta Ley se permite apostillar documentos, es decir, se emite un certificado que autentica el origen del documento, simplificando los trámites para verificar la autenticidad, quedando así eliminada la legalización consular. Lo importante de este Convenio es que con la apostilla o sello del país de emisión, el país de recepción del documento lo tendrá como auténtico sin la cadena de firmas y autenticaciones que antes se requerían. No obstante, cabe señalar que es lamentable que nuestro país haya tardado tantos años en ratificar dicho convenio.

De igual forma, otro medio de cooperación es la Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado sobre exhortos o cartas rogatorias (CIDIP I Panamá - 1975) es otro medio de cooperación, donde se establecen los procedimientos y requisitos para que estos procedan en otro Estado. No obstante, el trámite termina siendo igual de lento y engorroso como en la normativa interna.

Finalmente, el Perú ratificó la Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado sobre la eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros (CIDIP II Montevideo - 1979), en el cual se establece los requisitos para que una sentencia extranjera surta efectos en otro país.

Podemos concluir haciendo énfasis en que estos instrumentos internacionales si bien han tratado de mejorar los mecanismos de cooperación judicial internacional, lo acordado por los países no ha sido suficiente, puesto que el juez no está facultado para comunicarse y coordinar directamente con las autoridades internacionales, debiendo acudir a la vía diplomática y una serie de formalidades que se ha procurado ir eliminando pero que no se ha logrado aún.

Por lo tanto, sabiendo que en materia de procedimientos concursales la economía y la celeridad juegan un papel importante para proteger el patrimonio del deudor, y así evitar fraudes y la disminución del mismo, los mecanismos de cooperación y coordinación con los que cuenta nuestro ordenamiento no son adecuados en los procesos de insolvencia internacional.

3. LINEAMIENTOS Y PROPUESTAS PARA EL TRATAMIENTO DEL CONCURSO INTERNACIONAL EN EL PERÚ.-

A lo largo de nuestra investigación se ha reafirmado lo planteado por el profesor SAFA respecto al concurso: *“(...)es una institución cuyos objetivos pretenden una atrevida proyección extraterritorial, pero que con frecuencia está condenada a una estricta territorialidad por el alcance de los instrumentos con los que cuenta para la realización de dichos objetivos”*, habiendo observado que las normas del concurso tienen, en principio, un alcance territorial se hace necesario desarrollar mecanismos eficientes de cooperación, coordinación y comunicación entre las autoridades de los Estados que colaboren con la realización de dicho objetivo. Para que estos mecanismos funcionen adecuadamente es necesario modificar o establecer ciertos criterios en la regulación del concurso que hagan efectiva la colaboración con los jueces o autoridades de otros Estados.

Según lo expuesto, es el principio de universalidad moderada el que reúne los componentes que son necesarios para que los mecanismos de cooperación, coordinación y comunicación funcionen adecuadamente en un procedimiento de insolvencia transfronteriza por lo que se observa es el adoptado por las más modernas legislaciones en esta materia y el que está siendo adoptado por más Estados que empiezan a revisar sus legislaciones sobre la insolvencia.

Ahora bien, en nuestro sistema concursal tenemos normas pro acreedor, y en ocasiones, pro deudor; no obstante, se ha señalado un objetivo claro, este es, “*la protección del crédito*” que sólo se logra si hay *seguridad jurídica* y si se puede garantizar la *protección de la totalidad del patrimonio del deudor y la celeridad del procedimiento* mediante el desarrollo de mecanismos de cooperación y coordinación entre las autoridades involucradas en el concurso transfronterizo, de modo que el procedimiento concursal sea eficiente y eficaz.

La protección que le brinda nuestra norma concursal al patrimonio del deudor tiene alcances sólo sobre los bienes que están ubicados en nuestro territorio, es decir, territorial, sea porque la norma así lo manifiesta⁸⁶⁵, o sea porque pese a que ésta quisiera tener un alcance extraterritorial⁸⁶⁶ no hay mecanismos que permitan la coordinación con otros Estados para lograr dicho efecto, en la medida de lo posible.

Según lo expuesto, el principio de territorialidad moderada que adopta nuestra norma para regular el procedimiento de insolvencia transfronteriza no ayuda a alcanzar el objetivo de nuestro sistema concursal: la protección del crédito, por los problemas de seguridad jurídica y deficiencias en la protección de la totalidad del patrimonio del deudor, y la falta de celeridad de los procedimientos. El análisis de nuestra regulación nos ha permitido observar que necesitamos mecanismos de cooperación, coordinación y comunicación entre los Estados que nos permitan asegurar la *protección del patrimonio del deudor* en su **totalidad** y *la celeridad de los procedimientos de insolvencia internacional*, mecanismos que encuentran un mejor desarrollo en un modelo de regulación basado en el principio de la

⁸⁶⁵ Ver el artículo 6 inc. 2. LGSC.

⁸⁶⁶ Ver Título Preliminar artículo III, artículo 6 inc. 1 y 3. LGSC.

universalidad moderada, es por ello que consideramos que nuestra norma debe cambiar, dándole a sus disposiciones este nuevo enfoque.

En tal sentido, la solución que sugerimos tiene su base en la creación de normas con ciertas características que permitan alcanzar los objetivos que se plantea la institución del concurso cuando éste tiene carácter internacional, utilizando para ello los métodos normativos del Derecho internacional privado –*sustantivista, conflictual y autolimitativo*- dado que son este tipo de normas las que dan mejor solución a esta problemática.

La regulación peruana de fuente interna guarda una cierta armonía entre sus dos cuerpos normativos -la Ley General del Sistema Concursal y el Código Civil- que regulan la institución del concurso, es así que es posible hacer una lectura coordinada de ambos sin que uno se oponga al otro, éstos se complementan.⁸⁶⁷ No obstante, cuando se trata la problemática del concurso transfronterizo no se ha desarrollado normas que abarquen la mínima parte de los conflictos que se generan, o las disposiciones que se encuentran resultan inadecuadas.⁸⁶⁸

En tal sentido, para superar esta deficiencia en el sistema concursal peruano tenemos dos alternativas: i) Desarrollar normas en Derecho internacional privado propias para nuestro ordenamiento que se incorporen distributivamente, según corresponda, al Código Civil y a la Ley General del Sistema Concursal; o ii) Incorporar en nuestro ordenamiento la Ley

⁸⁶⁷ A excepción de cuando se hace la discriminación entre los créditos locales y los créditos extranjeros.

⁸⁶⁸ Las normas de fuente internacional–Tratado de Montevideo y Código Bustamante- y las normas de fuente interna –LGSC y Código Civil- del ordenamiento peruano *no guardan armonía* respecto a algunos puntos. En primer lugar, en el Tratado de Montevideo, al parecer, sólo es aplicable para procedimientos liquidatorios, no desarrolla normas en favor de una reestructuración; mientras que el Código Bustamante sí contempla a ambos procedimientos y da algunas directrices para el tratamiento de los mismos. Por su parte, la LGSC desarrolla ambos procedimientos y abarca el tratamiento de éstos. En segundo lugar, en ambos Tratados se contemplan para el caso del concurso un proceso judicial; mientras que, la LGSC contempla un procedimiento administrativo para el tratamiento del concurso. Finalmente, ambos Tratados proclaman el principio de universalidad, el Código Bustamante proclama la extensión de los efectos de la *lex fori concursus* del Estado que abrió el procedimiento a los otros Estados parte y admite el reconocimiento automático, mientras que el Tratado de Montevideo contempla un mecanismo de exequátur para el reconocimiento. Ambos regulan la pluralidad de juicios, al parecer, para filiales que trabajan bajo el esquema de grupos empresariales. En la LGSC no se aceptan los efectos de la *lex concursus* del Estado extranjero que abrió el procedimiento concursal, nuestra norma sigue la teoría de la territorialidad pero flexibilizada, con algunos matices de la teoría de la universalidad. Esta situación podría generar algunos problemas ante un procedimiento concursal transnacional con los demás Estados parte.

Modelo para el Tratamiento de la insolvencia trasfronteriza propuesta por CNUDMI, que sería adherido como un capítulo sobre el concurso internacional en la LGSC.

Respecto a la primera alternativa nos hemos permitido desarrollar los siguientes lineamientos para la regulación del concurso internacional en nuestra legislación interna, tomando en cuenta los métodos del Derecho internacional privado para determinar qué tipo de normas –*sustantivas, conflictuales o autolimitativas*- corresponden tratar a cada materia del concurso⁸⁶⁹.

Normas sustantivas:

Los siguientes supuestos deben tratarse a través de normas sustanciales:

1. Debemos establecer que los créditos tributarios y de seguridad social de otros Estados serán reconocidos, a condición de reciprocidad, como créditos ordinarios.
2. Prever los casos en que el acreedor, de un concurso llevado a cabo en el Perú, adquiere el pago parcial de su crédito a costa de algún activo del patrimonio concursado que se encuentra en otro país, o por una prestación del deudor a su favor en un Estado extranjero, en estos casos debería entregar lo obtenido al administrador del concurso. Sin embargo, si adquirió dicho pago parcial dentro de un procedimiento concursal abierto en otro Estado, entonces puede conservar lo obtenido pero no será considerado para la distribución hasta cuando los restantes acreedores queden equiparados con él. Los acreedores deben tener el deber de informar a petición del administrador del concurso sobre lo obtenido.
3. Instituir la obligación a la autoridad administrativa, de oficio o a instancia de parte, publicar el contenido esencial de la resolución de la declaración del concurso en cualquier Estado extranjero donde convenga y se justifique de acuerdo a los intereses del concurso, con arreglo a lo que disponga el derecho interno del mismo sobre la modalidad de publicidad del concurso.

⁸⁶⁹ Estos lineamientos son el producto del análisis de las normas de Derecho Internacional Privado para la Insolvencia en los ordenamientos jurídicos español y alemán.

4. Implantar el deber de trabajo conjunto entre los administradores de los procedimientos de insolvencia del deudor en diferentes Estados, deben estar sometidos a un deber de colaboración recíproca, bajo supervisión de sus respectivas autoridades competentes. La negativa a cooperar por el administrador, jueces o autoridad extranjera podrá liberar de este deber a los órganos nacionales.
5. La cooperación puede consistir en: i) cualquier medio que se considere oportuno; ii) la obligación de informar de cualquier cambio relevante de la situación de procedimiento respectivo, por ejemplo, el nombramiento de otro administrador del concurso, la apertura en otro Estado de un procedimiento de insolvencia al mismo deudor, etc; iii) la coordinación de la administración, control y supervisión de los bienes y actividades del deudor; iv) la aprobación y aplicación de los tribunales o autoridades competentes de acuerdos relativos a la coordinación de los procedimientos.
6. La administración de un concurso secundario abierto en el Perú debe permitir al administrador o representante de un concurso principal extranjero, la presentación en tiempo oportuno de propuestas de convenio, de planes de liquidación o de cualquier otra forma de realización de bienes y derechos de la masa activa o de pago de los créditos. El concurso principal declarado en el Perú también reclamará la misma medida respecto de cualquier otro procedimiento abierto en el extranjero.
7. A condición de reciprocidad, debe entregarse el remanente al procedimiento principal extranjero previo reconocimiento en el Perú del mismo. La administración concursal de un procedimiento principal llevado en el Perú reclamará la misma medida de otro procedimiento abierto en el extranjero.
8. Establecer qué materias del concurso pueden considerarse de orden público internacional, ante la vulneración de éstas por la decisión de una autoridad extranjera, ésta no será admitida por nuestro ordenamiento.

Normas conflictuales:

9. Se debe establecer una norma que indique cuál es el factor de conexión para determinar la norma aplicable al concurso.

10. La declaración del concurso no debería afectar el derecho del acreedor a compensar su crédito cuando la ley que rija el crédito recíproco del concursado lo permita en situación de insolvencia, con ello se busca garantizar al acreedor de que no se cambiara la ley que se aplica a dicha obligación y podrá conocer los efectos de darse esta situación desde el inicio.
11. Los efectos del concurso respecto a los derechos reales de un acreedor o un tercero que recaigan en bienes o derechos del deudor y que en el momento de declaración del concurso se encuentren ubicados en otro Estado se deben regir por la ley de éste, es decir, primará la *lex rei sité* sobre la *lex fori concursus*.
12. La ley aplicable al contrato de trabajo regirá los efectos del concurso sobre dicha relación laboral, a efectos de determinar si el contrato concluye por insolvencia del empleador, así como las obligaciones de las partes.

Normas autolimitativas:

13. A través de este método el legislador guarda para sí la regulación sobre determinadas temas que considera trascendentales para preservar cierta política legislativa esencial para la organización de su ordenamiento.
14. El orden de prelación para el reparto del patrimonio del deudor en la disolución y liquidación será el dispuesto de acuerdo con lo establecido en el ordenamiento nacional, el artículo 42 de la LGSC, regirá también para los acreedores extranjeros que se incorporen al concurso, dándoles el mismo trato, salvo las excepciones que la misma norma contemple (créditos tributarios y seguridad social de otros Estados). Al respecto, los órdenes de prelación dispuestos en las diferentes normas concursales están íntimamente relacionados con las políticas legislativas que persigue cada Estado, estas no son estáticas, son cambiantes de acuerdo con las políticas económicas o sociales que éstos adopten. En nuestro caso el crédito laboral tiene el primer rango en el orden de prelación ya que el derecho a una remuneración

es considerado como un derecho fundamental del trabajador y recogido en nuestra Constitución.⁸⁷⁰

Por otro lado, una segunda alternativa es incorporar la Ley Modelo de la CNUDMI a nuestro derecho interno, puesto que cuenta con mecanismos de coordinación, comunicación y cooperación, instrumentos necesarios, para que nuestra norma concursal logre su objetivo –la protección del crédito– en un ámbito internacional.

La Ley Modelo para el tratamiento de la insolvencia internacional de la CNUDMI es factible de ser incorporada en el ordenamiento peruano, puesto que respeta las diferencias de cada derecho interno de los Estados promulgantes, dándoles la facultad de no adoptar alguna de sus medidas si estas atentan contra su orden público; asimismo, la Ley Modelo CNUDMI respeta los acuerdos o tratados previamente pactados por el Estado que pretenden incorporarla a su ordenamiento, estos serían, los Tratados de Montevideo 1889 y el Código Bustamante en nuestro caso.

Los principios rectores de la Ley Modelo de acceso, reconocimiento, medidas otorgables, y cooperación y coordinación no colisionan con las disposiciones de nuestro derecho interno, sino que ayudarían a una mejor protección del patrimonio concursado, puesto que permitiría a la autoridad concursal utilizar sus mecanismos de protección sobre éste, en un lapso más corto de tiempo luego de que se declaró la apertura del concurso en el Estado extranjero.

Respecto al principio de acceso, la Ley Modelo otorga vías de acceso del representante del concurso extranjero directas, sin necesidad de previo trámite tradicional y engorroso que usualmente nuestra legislación contempla. Este principio simplificaría los requisitos de prueba para pedir el reconocimiento y adopción de medidas a favor de un procedimiento extranjero en nuestro ordenamiento.

⁸⁷⁰ Constitución Política del Perú

Artículo 24: Derecho a una Remuneración.

“ (...)

El pago de una remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador.

(...)”.

El principio de reconocimiento de la Ley Modelo otorga un mecanismo especial de reconocimiento a los procedimientos extranjeros de insolvencia, al dar a las partes las pautas del contenido de la solicitud de la misma; otorgar juez las presunciones de veracidad de los documentos y el análisis de lo indispensable para admitir el reconocimiento del procedimiento extranjero, agiliza el proceso que es lo más importante en los procedimientos de insolvencia internacional. En cambio, nuestro ordenamiento no prevé un mecanismo especial, debiendo la sentencia o auto de apertura de un procedimiento extranjero pasar por el mismo mecanismo de exequátur que las sentencias extranjeras en general. Como es evidente resulta más eficiente la medida propuesta por la Ley Modelo ya que le da un tratamiento especial, con el propósito de hacer más rápido el reconocimiento del auto o sentencia de un procedimiento extranjero de insolvencia.

Asimismo, debemos observar que según la Ley Modelo la resolución de reconocimiento debe señalar si este es un procedimiento extranjero principal (centro principal de los intereses del deudor) o no principal (establecimiento del deudor), no contempla el reconocimiento de otros procesos de insolvencia por el lugar de ubicación de los bienes. No obstante, en nuestro ordenamiento es posible abrir procedimientos nacionales de insolvencia por el lugar de ubicación de los bienes cuando se encuentre un procedimiento extranjero en marcha según lo señalan nuestros artículos 2061 y 2105 del CC. En consecuencia, deberíamos reconocer los procedimientos extranjeros de insolvencia abiertos en base a este criterio, adhiriendo este tipo de reconocimiento en virtud de nuestra legislación interna, al igual que otras legislaciones lo han dispuesto cuando han incorporado la Ley Modelo.

No hay una cláusula de reciprocidad, no obstante, a pesar de no estar contemplada en el principio de reconocimiento consideramos que nuestro ordenamiento de incorporar la Ley Modelo debería adoptarla, ya que ayuda a un mejor desenvolvimiento de las disposiciones de la Ley Modelo; y creamos un incentivo para que otros Estados, que quieran gozar de sus beneficios, la adopten. Además que la cooperación judicial que esta norma propone requiere que ambos países involucrados cuenten con un sistema flexible de cooperación para funcionar adecuadamente, sobre todo con los países del *CIVIL LAW*, ya que los jueces

del *COMMON LAW* tienen mayor libertad para aplicar nuevas fórmulas de cooperación en sus procesos.

En la Ley Modelo el principio de medidas otorgables está compuesto por tres clases de medidas, algunas de ellas también contempladas por nuestra norma interna.

Las medidas provisionales o urgentes que contiene la Ley Modelo se observan en el artículo 2105 CC: *“El tribunal peruano que conoce del reconocimiento de una sentencia extranjera de quiebra, puede dictar las medidas preventivas pertinentes desde la presentación de la solicitud de reconocimiento (...)”*. (El subrayado es nuestro). En ese sentido, nuestra norma concursal, al igual que la Ley Modelo, proporciona la misma libertad al juez de dictar las medidas que considere adecuadas para preservar el patrimonio concursado antes que proceda el reconocimiento de la sentencia.

Las medidas automáticas derivadas del reconocimiento de un procedimiento extranjero principal no están contempladas en nuestra legislación. No obstante, la Ley Modelo supedita su alcance, la modificación y la extinción de los efectos de paralización y suspensión a las normas de derecho interno del Estado promulgante, por lo que no habría ninguna colisión con nuestra norma interna si adoptáramos esta disposición.

Respecto a las demás medidas otorgables luego del reconocimiento de un procedimiento extranjero la norma da gran poder de actuación a la autoridad concursal al decir que podrá a instancia del representante extranjero otorgar *“toda medida apropiada”*, nuestra norma limita este poder de actuación de la autoridad porque dispone en los artículos 17,18 y 19 LGSC las medidas que deben tomarse. Con la Ley Modelo el juez tendría más facultades para tomar las medidas necesarias para la protección del patrimonio del deudor.

Finalmente, el principio de cooperación y coordinación que se plasman en las disposiciones de la Ley Modelo prevé una comunicación directa entre los tribunales que ayuda a tomar medidas rápidas y eficaces para la protección de los activos del deudor y un mejor desarrollo de los procedimientos de insolvencia. Nuestra norma prevé mecanismos de cooperación y coordinación que resultan ser lentos y con un largo proceso para lograr la

comunicación entre los tribunales, a través de exhortos, legalizaciones e incluso el Convenio de la Apostilla resulta inadecuado. Cabe señalar que el camino para estos mecanismos que nuestra norma prevé se tornan más largos porque la autoridad administrativa deberá solicitar al juez peruano el uso de los exhorto para que la autoridad del otro Estado atienda nuestras solicitudes.

Propuestas de modificación:

Entendemos que una reforma de nuestra norma concursal para la regulación del concurso transfronterizo tomará un largo periodo de tiempo debido a la complejidad de la materia y las diversas aristas que se deberán evaluar; no obstante, consideramos que mientras tanto debemos dar pequeños pasos hacia la misma, es por ello que sugerimos la modificación e incorporación de algunos artículos.

- Código Civil.

Nuestro ordenamiento debería incluir la norma conflictual sobre competencia legislativa que se utiliza actualmente en el concurso transfronterizo:

Nuevo artículo: Ley aplicable

“El procedimiento concursal estará sometido al derecho del Estado de apertura de dicho procedimiento”.

Fundamento:

La norma expuesta es la más adecuada dado que hace coincidir *fórum* y *ius*, que en el caso del concurso están íntimamente relacionados por la naturaleza altamente procesal del mismo, siendo un principio procesal internacionalmente reconocido que el juez aplique su propia norma en cuestiones procesales por ser éstas de derecho público.

Así, el procedimiento concursal extranjero quedará regido por las normas del Estado que inició dicho procedimiento, no teniendo éstas efectos en el procedimiento de un concurso

nacional, de abrirse uno, ya que cada procedimiento se regirá por las normas del juez que ordenó su apertura.

Si bien el artículo 2061 que trata sobre las acciones relativas a la universalidad de bienes, en su primer párrafo, hace operar la inversión del método conflictual, mediante el cual se atribuye la competencia al juez peruano en tanto nuestra norma conflictual haya remitido la competencia legislativa a la norma sustantiva peruana, esto no podrá operar en la acción de insolvencia, pese a ser una acción de universalidad de bienes, ya que la naturaleza altamente procedimental de la misma hace imposible deslindar *fórum* y *ius*, así al derivar la competencia legislativa de la competencia judicial, se hace imposible dicha inversión del método conflictual.

Esta norma conflictual está acorde con nuestra LGSC -artículo 2.1- que delimita su propia competencia en el procedimiento concursal local, señalando como factor de atribución el domicilio del deudor, que coincide con el factor de atribución de competencia del juez. El artículo 2.1 es una norma unilateral que tiene como base el mismo principio de hacer derivar la competencia legislativa de la competencia judicial. Por lo que al adoptar una norma conflictual como la propuesta para el concurso sólo se está bilateralizando la misma.

Respecto al artículo 2105 debería quedar modificado de la siguiente forma:

“El tribunal peruano que conoce del reconocimiento de un auto o sentencia extranjera que declara la apertura del procedimiento concursal, puede dictar las medidas preventivas pertinentes desde la presentación de la solicitud de reconocimiento.

El auto o sentencia extranjera que declara la apertura del concurso se reconocerá en el Perú mediante el procedimiento de exequátur, concluido dicho trámite, la autoridad judicial ordenará a la autoridad concursal para que proceda a la apertura de un procedimiento secundario respecto del patrimonio del deudor localizado en el territorio nacional.

Si no hay acreencias en el Perú o si después de haber sido satisfechas, resultara un saldo positivo en el patrimonio del fallido, dicho saldo será remitido al administrador del concurso en el extranjero, previo exequátur ante el juez peruano de la verificación y graduación de los créditos realizados en el

extranjero. Con dicha actuación cesa la competencia de las autoridades peruanas.

El Tribunal de INDECOPI en la Resolución N° 0335-2000/TDC-INDECOPI, caso *Baxter Export Corporation y Laboratorios Baxter S.A. vs. Proveedores Hospitalarios S.A. (Prohosa)*, ha establecido como *procedimiento principal* de insolvencia al que es declarado por el juez del Estado donde el deudor está domiciliado y como *procedimiento secundario* al que es declarado por el juez del Estado donde se encuentren bienes o activos del deudor. En tal sentido, el artículo 2105 CC cuando nos señala: “El juez procederá de acuerdo a lo establecido en la ley peruana en cuanto a la formación, administración y liquidación de la masa en el Perú (...)” se refiere a la apertura de un procedimiento secundario de insolvencia, posterior al reconocimiento de la sentencia extranjera que declara la apertura de un procedimiento principal.⁸⁷¹ Por ello nos parece adecuado utilizar el término “*procedimiento secundario*”, así dejamos claro el tipo de procedimiento que se reconoce y el que se desarrollará luego del reconocimiento y podremos diferenciar los alcances de los mismos.

Por otro lado, si recogemos la norma conflictual propuesta respecto a la ley aplicable al concurso, no es necesario mencionar que el procedimiento secundario se seguirá de acuerdo a lo establecido con la ley peruana, puesto que esta disposición ya lo señala. Asimismo, si nuestra norma concursal -ley aplicable al procedimiento concursal abierto en el Perú- señala que es necesaria la publicidad de la apertura del concurso, no consideramos adecuado establecerlo una vez más en el presente artículo.

Finalmente, la norma no debe hacer una discriminación a los acreedores extranjeros por ello se ha dejado de lado la referencia que se hacía sobre los acreedores domiciliados y los créditos inscritos en el Perú, así se debe entender que se abrirá el concurso cuando se acerquen acreedores a participar en el mismo y se entregará el remanente luego de haber satisfecho los créditos de los acreedores que participen en el procedimiento secundario, sin hacer discriminación entre los créditos del mismo.

⁸⁷¹ Aunque en el Tribunal reconoce el criterio del domicilio como competencia exclusiva del juez peruano, nosotros consideramos que sería mejor establecer el “centro de los intereses del deudor”, como lo explicaremos posteriormente.

- Ley General del Sistema Concursal.-

Modificación del artículo 1:

Artículo 1º: Glosario

Para efectos de la aplicación de las normas de la Ley, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

(...)

m) *Centro de intereses principales del deudor*: es el lugar donde se encuentran los principales activos del deudor, desde donde éste de modo habitual ejerce la administración de los mismos, y este lugar es reconocible por terceros. Entendiéndose, en principio, que es el domicilio social para las personas jurídicas y el domicilio habitual para las personas naturales.

n) *Establecimiento comercial del deudor*: es cualquier lugar de operaciones en los cuales el deudor lleve a cabo una actividad económica permanente.

o) *Procedimiento principal*: es aquel procedimiento concursal abierto en el Estado donde el deudor tiene su centro de intereses principales.

p) *Procedimiento secundario*: es aquel procedimiento concursal abierto en el Estado donde el deudor tenga un establecimiento comercial o en cuyo territorio el deudor tenga sus bienes.

Fundamento:

La incorporación de estos términos resulta relevante si queremos que nuestra norma tenga un buen desempeño en el tratamiento de un concurso internacional.

En el desarrollo de nuestra investigación ya hemos analizado los problemas que genera adoptar el *domicilio social* como criterio para atribuir la competencia judicial en el caso de un concurso internacional, y en consecuencia consideramos más apropiado el término de “*centro de los intereses principales del deudor*” porque se entiende que es el lugar donde el deudor tiene sus principales activos.

Respecto al término “*establecimiento comercial del deudor*” es importante incorporarlo porque el procedimiento concursal seguido a un deudor que tiene su *establecimiento comercial* en el Perú debería ser distinto de los procedimientos abiertos a cuyos deudores que tienen su *centro de los intereses principales del deudor* en el Perú, por los alcances de los mismos y a efectos del reconocimiento por los demás Estados involucrados en el procedimiento transfronterizo.

Los términos “*procedimiento principal*” y “*procedimiento secundario*” no son ajenos a las fuentes de nuestro derecho nacional, así tenemos la Resolución N° 0335-2000/TDC-INDECOPI, caso *Baxter Export Corporation y Laboratorios Baxter S.A. vs. Proveedores Hospitalarios S.A. (Prohosa)*, que ha señalado que el *procedimiento principal* de insolvencia es el declarado por el juez del Estado donde el deudor está domiciliado y como *procedimiento secundario* el que es declarado por el juez del Estado donde se encuentren bienes o activos del deudor. Así se observa que estos procedimientos son diferentes y tienen alcances distintos.

Artículo 2°.-

2.1 “*La ley se aplica obligatoriamente a los procedimientos concursales de los deudores que tengan el centro principal de sus intereses o un establecimiento comercial en el país o bienes en el territorio nacional sin admitir pacto en contrario. No son oponibles para efectos concursales los acuerdos privados relativos a la sustracción de la ley y jurisdicción peruana.*
(...)”

Fundamento:

Observando que no es posible la disociación entre competencia judicial y competencia legislativa en los temas de insolvencia internacional debemos adecuar nuestro ordenamiento interno a esta fórmula: “*la competencia legislativa deriva de la competencia judicial*”, que de antemano ya era base de éste artículo, dado que tenía como factor de atribución de competencia el domicilio del deudor, haciendo coincidir *fórum* y *ius*. Y para el caso de los procedimientos secundarios abiertos en el Perú, en el artículo 2105 también se podía inferir una remisión a la norma local para regir dicho procedimiento.

En tal sentido nos parece que una redacción como la propuesta no cambia el sentido de la norma inicial, solo le da mayor precisión sobre su competencia para regir los procedimientos secundarios que puedan abrirse en el Perú.

Asimismo, el **artículo 6.-**

6.1. Las Comisiones son competentes para conocer los procedimientos concursales de todos los deudores cuyo centro principal de sus intereses se encuentre en el Perú, entendiéndose como tal, en principio, el domicilio del deudor.

6.2. Las comisiones son competentes también para conocer de los procedimientos concursales de personas naturales o jurídicas cuyo centro principal de intereses esté localizado en el extranjero, pero el deudor tuviere en el territorio nacional un establecimiento comercial o en caso de que se hubiera reconocido, por las autoridades judiciales peruanas correspondientes, el auto o la sentencia extranjera que declara el concurso o cuando así lo dispongan las normas de Derecho Internacional Privado. En ambos supuestos dichas competencias se extenderán exclusivamente a los bienes situados en el territorio nacional.

6.3. La Autoridad peruana será competente para conocer procedimientos concursales que se promueven contra deudores cuyo centro de intereses principales se encuentre en el país, incluso en aquellos casos en que parte de sus bienes y/o derechos que integran su patrimonio se encuentran fuera del territorio de la República.

Fundamento:

Nuestra norma ha dispuesto el domicilio del deudor como factor de atribución de la competencia jurisdiccional en el caso del concurso; sin embargo, en nuestra investigación se ha planteado que continuar con dicho criterio podría conducir a problemas de competencia judicial negativa, no pudiéndose abrir el concurso de un acreedor ni en un país extranjero ni en el Perú, como el caso planteado por el Doctor FLINT; o competencia judicial positiva, pudiendo encontrarse gran parte de la masa patrimonial del deudor en el Estado extranjero donde también se habría abierto un procedimiento concursal; o el fórum shopping, en el que las partes podrían burlar la competencia judicial del juez peruano.

Antiguamente había una coincidencia del lugar donde el deudor administraba sus bienes y realizaba sus actividades con el lugar donde se encontraba domiciliado; sin embargo, actualmente, con la globalización encontramos estas actuaciones del deudor cada vez más dispersas de un territorio a otro.

Cabe resaltar que el cambio de criterio para la atribución de la competencia, no atenta contra la armonía que encontramos en la LGSC y el Código Civil, ya que se consideraría en principio que el centro de los intereses principales del deudor se encuentra en el domicilio social para las personas jurídicas, y en el domicilio habitual para las personas naturales. Además, si bien el artículo 2057 CC establece el domicilio para darle competencia al juez peruano, es una norma de competencia facultativa, pudiéndose establecer otros factores de atribución de competencia para casos especiales, como es el concurso.

En tal sentido, consideramos adecuado cambiar el factor de atribución de la competencia judicial del domicilio del deudor al “*centro de los intereses principales del deudor*” y otorgar competencia al juez peruano para los casos en que el deudor tiene un *establecimiento comercial* en el Perú para así empezar hacer una distinción en entre clase de procedimientos, a fin de darle un tratamiento diferente.

Nuevo artículo: Obligación de cooperación

El administrador del concurso declarado en el Perú y el representante de un procedimiento extranjero de insolvencia relativo al mismo deudor y reconocido en el Perú están sometidos a un deber de cooperación recíproca en el ejercicio de sus funciones, bajo la supervisión de sus respectivas autoridades competentes. La negativa a cooperar por parte de los administrados o representante o autoridad competente extranjera, liberará de este deber a los correspondientes órganos peruano.

Fundamento.-

Una norma de cooperación entre las autoridades que administran el concurso nos ayudará a la coordinación las decisiones que se tomen en ambos procedimientos, de modo que la solución que se acuerde se respetada por todos, logrando así la viabilidad de la misma.

Asimismo, ayudará a que los acreedores no puedan presentarse en ambos concursos pretendiendo cobrar la totalidad de su crédito.

Finalmente, creemos necesario implementar en nuestro ordenamiento los instrumentos tecnológicos necesarios que ayuden a acelerar los procedimientos concursales. Por ejemplo, podríamos implementar un sistema de notificaciones electrónicas, luego de que el deudor y los acreedores se apersonaron al procedimiento las posteriores notificaciones podrían ser vía email, esto no sólo ayudaría a la celeridad en los procedimientos de insolvencia internacional, sino también ayudaría a mejorar los procedimientos concursales internos.



CONCLUSIONES POR CAPÍTULOS

CAPÍTULO I: “DEL DERECHO DE QUIEBRA AL DERECHO CONCURSAL CONTEMPORÁNEO”

- i. La institución del concurso tiene sus orígenes en el Imperio Romano, regulado en las Ley de las XII Tablas, era un procedimiento de ejecución personal que buscaba principalmente castigar al deudor por faltar a su palabra, disuadir a los demás de posibles fraudes, y amedrentar a la población para que cumplan con las obligaciones adquiridas. Posteriormente, el desarrollo de la cultura jurídica, permitió cambiar este sistema de ejecución personal por un sistema de ejecución real; así el deudor sólo responde por las deudas con su patrimonio, además que otorgaba al acreedor la posibilidad de recuperar parte de su crédito.
- ii. En la Edad Media se observa con mayor claridad el desarrollo de las bases del Derecho concursal. Si bien no hay un acuerdo sobre en qué país se gestó la institución del concurso, podemos observar que Italia, España y Francia contribuyeron al desarrollo de los diversos elementos que hoy conforman el concurso, tales como, la cesación de pagos, la acción pauliana, el acuerdo entre acreedores, la figura del síndico, entre otros.
- iii. Asimismo, en aquella época se observa un sistema privatista (Italia) y otro estatal (España y Francia), los cuales aún predominan en la actualidad, y son acogidos por los Estados según sus políticas legislativas. El sistema privatista postula a que sean los propios acreedores los que impulsen el proceso, mientras que en el sistema estatal hay una fuerte intervención judicial.
- iv. En el desarrollo del Derecho concursal contemporáneo apreciamos una evolución que va de la mano con la actividad económica y sus actores. En sus inicios se hablaba de un Derecho de quiebra, cuyo procedimiento buscaba castigar al comerciante por el ineficiente manejo de sus negocios e intimidar a los demás comerciantes para que sean más cuidadosos en sus actividades. Esto debido a que el comercio constituyó la principal

actividad económica y se necesitaba generar confianza entre sus actores, siendo el crédito un componente esencial para desarrollar esta actividad, se buscaba protegerlo. Posteriormente, surge un nuevo agente en el mercado, este es, la empresa, que no solo cumple una función económica sino también social y por ello la necesidad de evitar su extinción, asumiendo el Estado una política de protección a la misma que constituyó el nuevo objetivo del concurso: “*la conservación de la empresa*”, a través de procedimientos preventivos y conservativos que se sumaron al desarrollo del Derecho concursal.

- v. Así se observa un nuevo presupuesto objeto del concurso, éste antes solo estaba dado por la “*cesación de pagos*”, ahora también por el “*estado de crisis*” para el caso de los procedimientos preventivos, en éste se busca evitar que el deudor entre en ese estado en que la crisis alcanza un mayor nivel y llega a la *cesación de pagos*, lo que benefició a las empresas dado que era posible que el deudor recurra al concurso antes de llegar a la cesación de pagos o al último grado del estado de crisis en el que sólo podía optar por la liquidación.
- vi. Debido al surgimiento de este objetivo: “proteger a la empresa”, y con ello el principio de la conservación de la empresa, entendido como empresa viable, se empieza a gestar en el panorama mundial una transformación de los principios clásicos del Derecho concursal consagrados por el civil law, que se ven influenciados por figuras propias del common law, en la medida que favorecen a la conservación de la empresa.
- vii. Actualmente hay una tendencia a la privatización del concurso, dejando el impulso del proceso y las decisiones del mismo en manos de los acreedores, en primera instancia, pero ello no quita que el Estado pueda intervenir “*subsidiariamente*”.

CAPÍTULO II: “LA DIMENSIÓN INTERNACIONAL DEL CONCURSO: LOCALIZACIÓN, PRINCIPIOS PARA SU REGLAMENTACIÓN Y EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO NORMATIVO”

- i. El proceso de globalización ha permitido la apertura de los mercados y, poco a poco, de las fronteras de los Estados, permitiendo el crecimiento del comercio internacional y el desplazamiento cada vez más frecuente de las personas (naturales y jurídicas); es así que este fenómeno no sólo nos permite gozar de los beneficios que ello trae, sino también

que seremos afectados, de algún modo, de las fallas o problemas que genere el mismo. Actualmente, la crisis económica que inició en el 2008 aún sigue afectando a gran parte de Europa, siendo Grecia y España los más perjudicados, y Estados Unidos, observándose que muchas empresas no han podido hacer frente a este periodo y se han visto obligadas a recurrir a un procedimiento concursal para buscar una solución al periodo de crisis que atraviesan.

- ii. Es así que el Derecho concursal se ha vuelto un tema actual y relevante, ya que es bajo la institución del concurso que se da tratamiento al estado de crisis económica que las empresas o particulares atraviesan. No obstante, en el contexto actual, no debe olvidarse analizar el carácter internacional de esta institución que genera diversos problemas que el Derecho concursal por sí mismo no logra resolver, debiendo acudir al Derecho internacional privado para analizar esta dimensión internacional y dar solución a dichas situaciones que solo es posible tratar desde esta disciplina.
- iii. El concurso en su dimensión internacional constituye una relación privada internacional –objeto de estudio del Derecho internacional privado-, pues versa sobre sujetos e intereses privados y con, por lo menos, un elemento extranjero relevante. La relación jurídica está compuesta por “acreedores-deudor” (sujetos privados) quienes están vinculados por el derecho de crédito que poseen los acreedores respecto del deudor y que el deudor debe satisfacer con su patrimonio (intereses privados); tiene carácter de internacional cuando los bienes, obligaciones o acreedores del deudor se encuentran dispersos en distintos Estados.
- iv. El concurso en un escenario internacional presenta retos y problemas distintos del que se circunscribe a un ámbito local, tales como:
 - ¿Cómo alcanzar el objetivo del concurso -propuesto en un determinado Estado- en un escenario internacional cuando la aplicación de la norma concursal sólo tiene efectos territoriales?
 - ¿Ante qué juez debe abrirse el procedimiento concursal?
 - ¿Qué ley es la competente para regir el procedimiento concursal?
 - ¿Qué efectos puede tener un auto o sentencia que declara la apertura del concurso en un Estado distinto al que lo dictó?

La respuesta a la primera interrogante dependerá de la política legislativa que adopte cada Estado para regular los temas de competencia judicial internacional, competencia legislativa y reconocimiento y ejecución de sentencia o auto de apertura del procedimiento en materia concursal.

- v. En los inicios del estudio del concurso internacional, el factor de atribución para la *competencia judicial internacional* era el domicilio social del deudor para las personas jurídicas, y el domicilio habitual para las persona naturales, puesto que se entendía que era en ese lugar donde el deudor administraba sus negocios y tenía sus bienes. Sin embargo, con el creciente flujo de las operaciones comerciales y las nuevas tecnologías para realizar estas operaciones, eran más frecuentes los casos en que el deudor tenía más de un establecimiento comercial en diversos Estados, la ubicación de sus activos en un Estado distinto al de su domicilio y el cambio constate de domicilio. Es así que se buscó un nuevo factor de atribución para la competencia judicial internacional, este es, el *centro de los principales intereses del deudor* para un procedimiento principal, y el *establecimiento del deudor* para un procedimiento secundario.
- vi. El *centro de los principales intereses del deudor* no ha sido adoptado por todos los ordenamiento, presentándose problemas de competencia positiva y competencia negativa de jurisdicciones y el fórum shopping.
- vii. El tema del conflicto de leyes en materia concursal estaba centrado en determinar la universalidad o territorialidad de esta institución, es decir, si pertenecía al Estatuto persona (universal) o si pertenecía al Estatuto real (territorialidad); sin embargo, luego se prefirió un desarrollo en términos de la competencia judicial, señalando que *la competencia legislativa deriva de la competencia judicial* en el tema del concurso internacional. Esta respuesta tiene su explicación en la naturaleza altamente procedimental del concurso, las medidas que se toman para abrir el proceso concursal así como su realización tienen aspectos procedimentales y de fondo que están a menudo atados los unos a los otros, esta situación hace indisociables a la *lex fori* y la *lex concursus*, pues ambas son tomadas de un mismo ordenamiento, dando origen así a la *lex fori concursus*, que será la ley aplicable a los procedimientos concursales. Esto no quiere decir que no puedan concurrir con ella otras normas, las cuales serán una limitación a su aplicación, por ejemplo, la *lex rei sité*.

- viii. El reconocimiento y ejecución de la sentencia u auto que declara la apertura del concurso dependerá del mecanismo adoptado por los Estados, pudiendo ser el reconocimiento automático o el exequátur. El reconocimiento automático es adoptado cuando existe un alto grado de confianza y colaboración entre ambos tribunales, generalmente está de por medio un tratado. El exequátur es el mecanismo mayormente adoptado por los Estados, en algunos ordenamientos el exequátur en materia de insolvencia se distingue del exequátur a las demás sentencias, pues se establecen algunas disposiciones especiales y limitaciones para acelerar el trámite de reconocimiento las mismas.
- ix. Estas materias -juez competente, ley aplicable y el reconocimiento y efecto de sentencias- son propias del objeto de estudio del Derecho internacional privado, que a través de sus métodos normativos –sustantivo, conflictual y autolimitativo- da una solución.
- x. La doctrina desarrolló dos principios para el tratamiento de la insolvencia internacional, estos son, el principio de la universalidad y el principio de la territorialidad, los cuales posteriormente han sido flexibilizados dando origen a un tercer principio denominado “*principio de la universalidad moderada*”, que es utilizado actualmente en las más modernas regulaciones en materia de insolvencia internacional.
- xi. La insolvencia internacional alcanzaría su más perfecto desarrollo en el *principio de la universalidad*. Se abriría un solo procedimiento, siendo el lugar donde está domiciliado el deudor o donde tiene el centro de sus principales intereses el factor de atribución de competencia judicial internacional, y *la lex fori concursus* será la ley aplicable al proceso. Sin embargo, para que los demás Estados aprueben los efectos extraterritoriales del concurso sería necesario que las legislaciones tengan una normativa uniforme al respecto, de modo que no se afecte los derechos e intereses de sus nacionales. En tal sentido, esta teoría funcionaría si existiera un derecho internacional de la insolvencia, el mismo que estaría compuesto por normas interetáticas propias del método sustantivista del Derecho internacional privado.
- xii. El *principio de la territorialidad* trata como una insolvencia local a la insolvencia internacional, limitando las competencia del juez a los bienes que se encuentran dentro de su frontera y por tanto la aplicación de su norma al procedimiento local. En este caso habrá una pluralidad de procedimientos para un mismo deudor, sin alguna coordinación

entre ellos. Aquí se observa la aplicación del método autolimitativo, puesto que aunque es una relación privada internacional el juez le dará el tratamiento de una relación jurídica interna, aplicando sólo sus normas sustantivas locales.

- xiii. *El principio de la universalidad moderada* ha conseguido ser un punto intermedio entre los principios de la universalidad y de la territorialidad que se contraponen entre sí. Este principio ha logrado conciliar ambas teorías recogiendo lo mejor de ellas. Se plantea aquí la apertura de un procedimiento principal de insolvencia donde la competencia del juez viene derivada del centro de los principales intereses del deudor. Paralelo a éste se podrán abrir otros procedimientos concursales, denominados procedimientos secundarios, en los Estados donde el deudor tenga un establecimiento comercial, siendo éste el factor de atribución de competencia judicial. La norma aplicable al procedimiento será la ley del Estado de apertura del mismo, así cada juez podrá aplicar la norma concursal de su foro al procedimiento que dirige. Si no se abren procedimientos paralelos al principal entonces los demás Estados estarán en la obligación de cooperar con éste único procedimiento, donde todos los acreedores serán tratados con igualdad. Aquí la regulación necesitará de normas sustantivas (normas de cooperación judicial), normas conflictuales y normas autolimitativas.
- xiv. Los Estados han adoptado el principio de universalidad o territorialidad en sus regulaciones pero no en sentido estricto, hay una flexibilización en la aplicación de ambas teorías. El principio de la universalidad moderada es más común encontrarlo en tratados o leyes modelos.
- xv. Esta elección de los Estados por una u otra de las mencionadas teorías da como resultado una diversidad normativa respecto del tratamiento de la insolvencia transfronteriza y, por tanto, respuestas distintas para el procedimiento de insolvencia a un mismo deudor. Es así que se planteó como primera respuesta desarrollar un derecho sustantivo común a todos los Estados que regule la insolvencia, es decir, un derecho internacional de la insolvencia. Posteriormente fue descartado porque se observó que la institución del concurso abarca otras ramas del derecho que también deberían tener un tratamiento común si se quiere lograr una unificación en el derecho de insolvencia, cuestión que actualmente es imposible lograr, no sólo por las diferentes culturas jurídicas sino también por los distintos intereses nacionales que se intentan proteger.

- xvi. En este intento por regular la insolvencia transfronteriza se han recurrido tanto a instrumentos de HARD LAW (convenciones o tratados) desarrollado por los Estados, como a instrumentos de SOLF LAW (Leyes modelo, principios, concordatos modelos para cooperación judicial) desarrollado por diversas Organizaciones Internacionales.
- xvii. Se ha observado que resulta más difícil concretar un tratado sobre la insolvencia internacional entre países con de diferente cultura jurídica. La mayoría de estos acuerdos han sido firmados entre países geográficamente vecinos o que tienen una estrecha relación comercial, con similitud en su tradición jurídica y sistema económico, la Convención de la quiebra de los Países Nórdicos (Unión Escandinava y Nórdica) es el mejor ejemplo de ello.
- xviii. En Latinoamérica tenemos tres Tratados: El Tratado de Montevideo de 1889 y el de 1940, y el Tratado de la Habana o Código Bustamante de 1928. Estos instrumentos tienen como principio base el de la universalidad-unidad del procedimiento, pero se observa que ésta ha tenido que ceder ante distintos supuestos, tales como, la no admisión del procedimiento principal en otro Estado parte o cuando la empresa tiene más de un domicilio, permitiendo procedimientos plurales, observándose también rasgos del principio de territorialidad.
- xix. La insolvencia internacional es un problema de tal trascendencia económica que no sólo los Estados se han preocupado en buscar soluciones para un mejor tratamiento, también diversas Organizaciones Internacionales han desarrollado instrumentos de SOLF LAW, con los cuales se busca -que al ser adoptados por los Estados- pueda alcanzarse el máximo grado de armonía posible en el tratamiento de la insolvencia transfronteriza.
- xx. Actualmente las Organizaciones Internacionales están estudiando los diversos ordenamientos concursales internos para establecer principios comunes al derecho concursal que pueda regir para todos los países ubicados geográficamente en un mismo continente, de esta manera se espera lograr que la legislación concursal interna de dichos países guarden una cierta armonía entre sí.

CAPÍTULO III: “LOS MODELOS DE REGULACIÓN MÁS AVANZADOS SOBRE INSOLVENCIA INTERNACIONAL: LA LEY MODELO UNCITRAL PARA EL TRATAMIENTO DE LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA Y EL REGLAMENTO EUROPEO DE INSOLVENCIA (N° 1346/2000)”

- i. La Ley Modelo UNCITRAL y el Reglamento Europeo de Insolvencia son las más avanzadas legislaciones en materia de insolvencia, siendo el primero un instrumento de SOLF LAW y el segundo un instrumento de HARD LAW.
- ii. La Ley Modelo es un texto legislativo recomendado a los Estados para su incorporación al derecho interno. En la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional se entendió que era mejor trabajar un texto de SOLF LAW a un Tratado que no se ratificara, ya que por los antecedentes se había demostrado un sinnúmero de objeciones y la adhesión de un número mínimo de países.
- iii. La Ley Modelo UNCITRAL no busca unificar el derecho sustantivo de insolvencia de los Estados promulgantes, sus normas tienen como finalidad desarrollar mecanismos eficaces de cooperación y coordinación entre los tribunales de modo que se logre una administración eficiente del patrimonio del deudor, alcanzando la protección de la totalidad del mismo. Así los intereses de todas las partes involucradas en el procedimiento de insolvencia se encuentran protegidos.
- iv. La celeridad del procedimiento juega un papel muy importante en la insolvencia internacional debido al riesgo de devaluación o sustracción del patrimonio del deudor, por tanto, los principios sobre los cuales tiene su base la Ley Modelo, acceso, reconocimiento, asistencia y colaboración son óptimos porque ayudan a reducir el tiempo en los procedimientos de insolvencia.
- v. La Ley Modelo sigue el principio de la universalidad moderada, puesto que propone la posibilidad de abrir un procedimiento principal de insolvencia donde el deudor tiene su centro principal de intereses y otros procedimientos no principales, donde el deudor tenga establecimientos comerciales. Así los acreedores podrán ejercer sus derechos en el procedimiento local o extranjero.
- vi. Se promueve la igualdad entre los acreedores, no se puede hacer distinción entre ellos en razón de su nacionalidad, pero sí en función a la naturaleza de su crédito.
- vii. Se ha observado que la cooperación judicial internacional es un elemento clave para el buen funcionamiento del proceso de insolvencia internacional, sea cual fuere el principio (universalidad, territorialidad o universalidad moderada) que se adopte para regular esta institución. Es por ello que la Ley Modelo pone énfasis en desarrollar estos mecanismos,

- estableciendo un deber de comunicación y cooperación entre los tribunales, y dando amplia libertad a los Estados para utilizar cualquier medio idóneo que ayude a dicho fin.
- viii. No obstante, el orden público internacional siempre será un limitante en estos tipos de procesos transnacionales, ya que el juez no podrá cooperar con el tribunal de un Estado extranjero cuando considere que las medidas que éste adopte atentan contra principios fundamentales de su ordenamiento.
 - ix. La Ley Modelo está compuesta de normas conflictuales que señalan el derecho procesal aplicable, normas sustantivas que desarrollan medidas de cooperación entre los procedimientos y normas autolimitativas que buscan salvaguardar ciertas políticas legislativas internas en el ámbito de la insolvencia.
 - x. Por otro lado, el Reglamento de Insolvencia Europeo es un instrumento de HARD LAW, un tratado multilateral entre los países miembros de la Unión Europea. No se busca a través de él uniformizar las normas sustantivas de insolvencia de los ordenamientos nacionales, sino dar solución a los problemas típicos del Derecho internacional privado, tales como, el conflicto de jurisdicciones y el conflicto de leyes.
 - xi. El Reglamento tiene normas procedimentales de insolvencia, regula lo relativo a la competencia judicial internacional, armonizando así criterios de atribución de competencia de las cortes de los Estados miembros; introduce normas conflictuales uniformes para el procedimiento de insolvencia; y también desarrolla normas sobre el reconocimiento y efecto de las resoluciones en el extranjero.
 - xii. Debido a que cada ordenamiento nacional abarca distintos tipos de procedimientos de insolvencia, el reglamento delimita cuáles son considerados dentro del ámbito de aplicación de éste, por ejemplo, como está redactada la norma ha dejado fuera a los procedimientos de preinsolvencia o híbridos, que no implican un desapoderamiento del deudor.
 - xiii. El Reglamento delimita su competencia a los procedimientos de insolvencia intracomunitarios, es decir, aquellos que son abiertos cuando el deudor tiene su centro de intereses principales en un Estado miembro. Para los otros procedimientos seguirá rigiendo el Derecho internacional privado de cada Estado.
 - xiv. Esta norma ha adoptado el principio de universalidad moderada, se observa un procedimiento principal y la posibilidad de abrir procedimientos secundarios de insolvencia. De no abrirse procedimientos secundarios, el procedimiento principal se

llevará a cabo como un procedimiento universal de insolvencia, donde los demás Estados estarán obligados a colaborar con el mismo. Este único procedimiento se regirá por la ley del juez que abrió el procedimiento, salvo las excepciones a la misma que indica el reglamento.

- xv. El factor de atribución de competencia judicial internacional es el centro de los principales intereses del deudor, si se trata de un procedimiento principal de insolvencia. Siendo una presunción *iuris tantum* que éste se encuentra en el domicilio social de la empresa, y en la residencia habitual en caso de las personas naturales.
- xvi. El Reglamento no ha definido qué debe entenderse por “*centro de los principales intereses del deudor*” dejando a discrecionalidad del juez atribuirse la competencia para abrir el procedimiento concursal cuando considere que éste se encuentra en su territorio, se observa así con frecuencia problemas de competencia positiva y negativa de jurisdicción en caso de insolvencia internacional en la Unión Europea. No obstante, del considerando 13 del Reglamento, así como del pronunciamiento del Tribunal de la Unión Europea es posible decir que éste debe ser el lugar: donde se encuentran los principales intereses del deudor, donde éstos son administrados por el deudor con habitualidad, y que es posible de ser reconocido por terceros.
- xvii. En el caso de los procedimientos secundarios el factor de atribución de competencia está dado por el lugar donde el deudor tenga un establecimiento comercial. Estos procedimientos están subordinados al procedimiento principal de insolvencia y sus efectos están limitados a los bienes que se encuentran en el territorio de dicho Estado que abre el procedimiento secundario.
- xviii. La ley aplicable, tanto para el procedimiento principal como para el procedimiento secundario, sigue la siguiente norma conflictual: “*El procedimiento de insolvencia estará sometido a la ley del Estado de apertura*”; así cada juez aplicará su *lex concursus* al procedimiento que dirija, con ciertas excepciones regidas por la *lex cause*, en materias como: derechos reales, compensación, reserva de propiedad, contratos sobre bienes inmuebles, contratos de trabajo, entre otras. Estas excepciones buscan proteger las expectativas legítimas de las partes al contratar con el deudor y la seguridad de las operaciones de los Estados miembros.
- xix. La *Lex fori concursus* determinará las condiciones de apertura, desarrollo y terminación del procedimiento concursal.

- xx. Los procedimientos secundarios tienen como propósito además de proporcionar una mejor administración en los bienes del deudor, permitir a los acreedores de los Estados de apertura conservar los privilegios o ventajas que la ley local le proporcione y que varían en la ley aplicable al procedimiento principal.
- xxi. El Reglamento desarrolla normas de coordinación y cooperación entre los síndicos de los procedimientos, hay un deber de información recíproca de los asuntos que pueden ser fundamentales para el otro procedimiento, tales como, la verificación y presentación de créditos, las disposiciones sobre administración de los activos y la medida adoptada para poner fin al procedimiento.
- xxii. La sentencia o auto de declaración de insolvencia de un Estado parte goza de reconocimiento automático en los demás Estados. Este acto tiene su fundamento en el principio de confianza mutua que existe entre los Tribunales de los Estados parte; en consecuencia, los motivos de no reconocimiento deben reducirse al mínimo posible.
- xxiii. El efecto principal de este reconocimiento es la admisión del síndico del procedimiento extranjero con los poderes que la ley del procedimiento principal le haya conferido, hay un efecto de extensión de la ley del procedimiento principal. A diferencia de los síndicos de los procedimientos secundarios cuyas facultades serán excepcionalmente extraterritorial.
- xxiv. No se requiere la publicidad del procedimiento como requisito para el reconocimiento, queda a facultad del síndico realizarla de acuerdo a las normas de publicación internas de dicho Estado. No obstante, la publicidad registral de la apertura del procedimiento, dado que cumple una función de dar seguridad y confianza al tráfico jurídico, puede ser solicitada por el síndico o cualquier Estado miembro puede requerir la inscripción obligatoria del mismo.
- xxv. El Reglamento señala que las demás resoluciones relativas al desarrollo y conclusión del procedimiento podrán gozar también de un reconocimiento automático; sin embargo aquellas que impliquen una medida de ejecución deberán pasar por un procedimiento de exequátur que está regido por el Reglamento de Bruselas I.
- xxvi. El orden público internacional puede constituir una limitación para el reconocimiento de una sentencia o auto de insolvencia, para evitar interpretaciones extensivas de éste se ha manifestado que se puede considerar contrario al orden público internacional cuando se

afecte los principios fundamentales o los derechos y libertades individuales consagrados por la Constitución.

- xxvii. Luego de 10 años de vigencia el Reglamento de Insolvencia Europeo se ha puesto en debate para introducir algunas modificaciones en busca de adecuarse a la realidad actual, en este contexto de crisis, y precisar algunas disposiciones que han presentado problemas en su aplicación. Es así que las propuestas de modificación están dirigidas a ampliar la definición del procedimiento de insolvencia, desarrollar un concepto para el centro de los principales intereses del deudor, dar a los tribunales la obligación de exponer el motivo en que basan dicha competencia, establecer un derecho de impugnación de los acreedores extranjeros sobre la decisión de apertura del procedimiento, eliminar la disposición que establece que el procedimiento secundario sólo podía ser uno de liquidación, interconectar los registros nacionales para que los tribunales tengan conocimiento si dicha empresa ya está sometida a un procedimiento de insolvencia en otro Estado parte, entre otras propuestas.
- xxviii. Se ha analizado que la incorporación de la Ley Modelo en la Legislación Colombiana constituyó un cambio trascendental en la regulación del concurso internacional dado que anterior a dicha norma no se contaba con una regulación adecuada que trate todos los problemas que éste genera. Entre los aportes de esta norma al ordenamiento colombiano encontramos las medidas de cooperación para el caso de concurso con las autoridades de los otros Estados, que ha hecho posible dar al juez mayor libertad de actuación y celeridad a los ordenamientos transfronterizos.
- xxix. En el ordenamiento norteamericano ya se contaba con una norma para los procedimientos transfronterizos pero sus disposiciones eran generales y no trataba todos los problemas del mismo. Sus normas de competencia al juez norteamericano tenían factores de atribución que muchas veces eran cuestionadas al pedir el reconocimiento de la sentencia en otros Estados. La norma UNCITRAL en el ordenamiento norteamericano constituye un puente de acceso a los demás Estados para así lograr la colaboración y coordinación de los procedimientos que el juez americano pueda conducir.

CAPÍTULO IV: EL DERECHO CONCURSAL EN LA LEGISLACIÓN PERUANA. LINEAMIENTOS Y PROPUESTAS PARA EL TRATAMIENTO DEL CONCURSO INTERNACIONAL EN EL PERÚ.

- i. Nuestra legislación concursal en sus inicios adoptó un sistema liquidativo, en el que se buscaba la realización del patrimonio del deudor a través del procedimiento de quiebra y este proceso estaba en manos enteramente del poder público. Posteriormente, dada la importancia de la empresa no solo para la economía del país, sino también para el interés social se dictaron normas que buscaban apoyar la reestructuración de la empresa, solo en casos extremos se debía optar por la liquidación. Se pasó poco a poco el poder de decisión del poder público a los particulares. Este panorama nacional va de la mano con el panorama mundial que observamos en el capítulo I respecto al sistema adoptado por el Derecho concursal, de un proceso liquidatorio a un proceso de recuperación.
- ii. Un hito importante en el Derecho concursal peruano fue la desjudicialización del proceso concursal (1992), con el cual se buscó descongestionar el poder judicial y dar más celeridad a los procedimientos concursales. Si bien en sus inicios parecía funcionar adecuadamente pronto este sistema también se congestionó, principalmente porque no todas las materias del concurso caen sobre la competencia de la autoridad administrativa debiendo primero el juez resolver sobre las mismas, e incluso las resoluciones de este ente administrativo pueden ser impugnada ante el juez vía un contencioso administrativo.
- iii. Luego del fracaso de un periodo de normas que procuraban lograr la reestructuración de las empresas se promulgó la Ley 27809 (2002) la cual trajo importantes innovaciones, tales como, incorporó un Título Preliminar desarrollando los principios bajo los cuales se regiría el procedimiento concursal y el objetivo de éste, redujo los procedimientos concursales a dos procedimientos únicos: Preventivo y Ordinario, estableció procesos liquidatorios obligatorios, otorgó a las partes mayor actuación en el proceso, entre otros.
- iv. Se observa una predilección por un modelo procedimentalista en la LGSC, pero también recoge elementos del método de mercado y gubernativo, es así que se nutre de ambos sistemas. Reuniendo sí los elementos más importantes de estos modelos de legislación concursal: la meta de *la eficiencia* para lograr el máximo valor posible del patrimonio del deudor y el principio de conservación de la empresa viable. Este principio de conservación de la empresa está subordinado a la protección del crédito, es así que solo se privilegia la conservación de la empresa viable.

- v. El sistema concursal podrá alcanzar la meta de la eficiencia si logra reducir los costos de transacción que genera la insolvencia ex post para lograr maximizar el valor del negocio, ex ante para reducir el coste del crédito y los costos administrativos del procedimiento concursal.
- vi. En tal sentido, la Ley General del Sistema Concursal busca reducir estos costos de transacción para generar un ambiente idóneo que ayude a la negociación del deudor y sus acreedores. A razón de ello se ha previsto que la decisión sobre el destino del deudor debe recaer en manos de los acreedores, ha desarrollado mecanismos para proteger el patrimonio del deudor de posibles ejecuciones individuales que puedan realizar los acreedores o actos de disposición que el deudor pueda realizar del mismo en perjuicio de estos, y otorgado medidas para sancionar a los infractores.
- vii. Luego de un arduo debate para delimitar el objetivo propuesto por la LGSC, éste quedó modificado a solo “*la protección del crédito*”, en tal sentido se debe buscar la asignación eficiente de recursos para obtener el máximo valor posible del patrimonio del deudor, ya sea que ello signifique optar por la reestructuración o la liquidación del patrimonio del deudor.
- viii. En principio se señala que los acreedores deben tomar esta decisión en base a una comparación entre el valor de la empresa en marcha y el valor de la empresa en liquidación, si ésta es mayor que aquella entonces deben optar liquidar la empresa, en caso contrario se debe optar por una reestructuración. En la realidad, los acreedores en muy rara ocasión deciden la reestructuración de la empresa, a pesar de que en aplicación a dicha fórmula esta decisión es la que proporciona un mayor valor al patrimonio del deudor. Si bien en el objetivo del sistema concursal se indica que se debe procurar obtener el máximo valor del patrimonio del deudor para proteger el crédito, en base al principio de *privatización del proceso* se deja esta decisión a los acreedores porque hay una presunción de que son éstos quienes tomarán la mejor decisión, incluso cuando no siempre es así.
- ix. La LGSC cuenta con el procedimiento preventivo y el procedimiento ordinario. El primer procedimiento busca prevenir el estado de crisis del deudor y es solicitado sólo por éste. El segundo procedimiento se solicita cuando el estado de crisis se desencadenó, este puede encontrarse en su etapa inicial o avanzada y ello influirá en la decisión que

tomen los acreedores de reestructurar o disolver y liquidar el patrimonio del deudor, éste procedimiento es solicitado por el deudor o los acreedores.

- x. De estos procedimientos se observa que el procedimiento preventivo ha tenido poco éxito ya sea porque los deudores lo han utilizado con el propósito de prorrogar su deudas o porque éstos no han hecho uso de él por el temor a que este derive en un procedimiento ordinario, es así que en la propuesta de modificación a la Ley concursal se ha sugerido suprimirlo. Por otro lado, en el procedimiento ordinario es más frecuente que los acreedores opten por una disolución y liquidación del deudor; es posible observar que hay un elevado número de procedimientos de disolución y liquidación del deudor que derivan de un mandato judicial en aplicación del artículo 692-A del Código Procesal Civil.
- xi. Nuestra norma concursal puede considerarse como una de las mejores para regular la institución de la insolvencia a nivel local, no obstante, necesita de cambios en el sistema que ayuden a que ésta pueda operar mejor en la práctica. Se debe hacer un estudio principalmente de aquellas situaciones que generan retrasos al interior del procedimiento concursal, haciendo de éste un procedimiento largo y lento.
- xii. Entre las propuestas para mejorar los procedimientos concursales, se ha señalado que sería mejor someterlo a arbitraje, ya sea estipulándolo en los estatutos de la empresa o posterior a la aprobación del instrumento concursal: Plan de reestructuración o Convenio de Liquidación los conflictos que se deriven de éstos quedarían bajo tal jurisdicción. Al respecto consideramos que una empresa en crisis no podría asumir los costos de un arbitraje; asimismo, incluir una disposición que indique el arbitraje en casos de insolvencia de la empresa no puede considerarse como un acuerdo de voluntades, necesaria en la cláusula arbitral. Hay acreedores no voluntarios en el concurso (El Estado, los acreedores por daños ocasionados), como otros que se encuentran en desventaja al contratar (los trabajadores). Por otro lado, someter a arbitraje las posteriores desavenencias que puedan generarse luego de la aprobación del instrumento concursal, en caso de haberse aprobado el plan de reestructuración si quiere luego pasar a un procedimiento liquidatorio tendrá acaso que volverse a solicitar la apertura del procedimiento para activar otra vez la competencia de la autoridad concursal, esto haría más largo el procedimiento.

- xiii. La regulación peruana tanto sus normas de fuente interna, como las de fuente internacional no abarcan el problema del concurso internacional en toda su dimensión. La normativa de fuente interna ha adoptado el principio de territorialidad moderada, contrario a la tendencia actual, y así ha dejado de lado resolver problemas que atentan contra el objetivo trazado en el sistema concursal peruano. Por otro lado, las normas de fuente internacional aunque sus disposiciones datan de muchos años atrás tienen aún vigencia sobre el tratamiento de la insolvencia internacional, pero al ser éstas muy generales e imprecisas en ocasiones no ayudan en el tratamiento a esta institución.
- xiv. El Tratado de Montevideo de 1889 adopta el principio de universalidad y unidad del procedimiento de quiebra, pero ante determinadas situaciones este tendrá que ceder para dar paso al principio de territorialidad. Este Tratado abarca los temas centrales del concurso, la competencia judicial internacional dado por el domicilio del deudor o localización de los bienes, la competencia legislativa atribuida a la LEX FORI CONCURSUS, pero que cederá ante la LEX REI SITÉ, en el caso de los derechos reales, y el reconocimiento vía exequátur. Sin embargo, presenta algunas deficiencias: no ha definido cuestiones como “domicilio comercial”, “casas comerciales independientes”, hace diferencias entre acreedores nacionales y extranjeros que no parecen ser justas cuando solo se abre un juicio universal de quiebra, las medidas de cooperación que presenta no ayudan a la celeridad que necesitan los procedimientos concursales.
- xv. El Código Bustamante también proclama el principio de la universalidad-unidad del procedimiento, pero cede ante la posibilidad de que el deudor tenga más de un domicilio comercial adoptando el principio de territorialidad. El criterio para determinar la competencia del juez es el del domicilio y la ley aplicable la LEX FORI CONCURSUS pero cederá ante la LEX REI SITÉ. El reconocimiento de las sentencias sigue el principio de reconocimiento automático y exequátur para los actos de ejecución. Presenta algunas deficiencias pues no desarrolla cómo se llevarán a cabo los procedimientos paralelos de insolvencia, cuál será el principal y cuál el secundario y tampoco abarca disposiciones sobre cooperación y coordinación entre ellos.
- xvi. Ambos instrumentos abarcan soluciones vigentes a los procedimientos de insolvencia, pero dada la antigüedad de ambos es lógico que no desarrollan soluciones a los

- problemas actuales que se han generado en la insolvencia internacional en un mundo cada vez más globalizado y con diferentes y nuevas formas de organización empresarial.
- xvii. Estos tratados buscan que el principio de universalidad sea el que guíe el procedimiento e incluso sus disposiciones tienden a regular un procedimiento universal de insolvencia, mientras que en nuestras normas de fuente interna se ha optado por la primacía del principio de territorialidad moderada.
- xviii. En nuestras normas de fuente interna tenemos escasas disposiciones tanto en el Código Civil (art. 2061 y 2105) como en la LGSC (TP art. IV, art. 2 y art. 6) para la regulación del concurso internacional. Ambos cuerpos normativos no alcanzan a tratar la mínima parte de los problemas que se generan en un concurso internacional, siendo ello un obstáculo para el objetivo que el sistema concursal peruano propugna: la protección del crédito.
- xix. En el Código Civil se aprecian los artículos 2061 y 2105. El primero desarrolla la competencia directa de los tribunales peruanos en acciones de universalidad de bienes, entre ellas, la acción de insolvencia. El segundo trata algunos efectos del reconocimiento de la sentencia extranjera de insolvencia, estas son cuestiones derivadas de la competencia indirecta de los tribunales peruanos en materia de insolvencia. Cabe señalar que para el reconocimiento de dichas sentencia éstas deberán pasar por el procedimiento de exequátur regulado en el artículo 2104 CC.
- xx. El artículo 2061 dispone una regla de competencia judicial general para las acciones relativas a la universalidad de bienes, esta es, la inversión del método conflictual para los no domiciliados en el Perú, así el Tribunal peruano será competente cuando la norma peruana sea aplicable. Se busca que los bienes que pertenecen a una universalidad sean regidos por una misma ley y sometidos a misma jurisdicción para garantizar la uniformidad de su tratamiento, siendo la insolvencia una acción de universalidad de bienes muchos autores han señalado que no se encuentra una norma conflictual en nuestro ordenamiento que nos señale la ley aplicable a los procedimientos de insolvencia y así poner en funcionamiento esta disposición, lo cual es cierto.
- xxi. No obstante, en materia de insolvencia no es posible hacer esta inversión del método conflictual, ya que dada la naturaleza altamente procesal del concurso, el Derecho internacional privado ha optado por acogerse a la fórmula: *“la competencia legislativa deriva de competencia judicial en materia concursal”*, así *ius* y *fórum* se encuentran

atados. Asimismo, no podrá regir una sola ley para la universalidad de bienes dado que nuestra legislación en materia concursal ha adoptado el principio de la territorialidad. En tal sentido, ambas cuestiones son excepciones a la regla general del 2061. Por ello este artículo estableció en su segundo párrafo que se respeta la competencia de los tribunales peruanos en materia de insolvencia de no domiciliados respecto de los bienes que se encuentran en el territorio nacional.

- xxii. Consideramos que esta atribución de competencia a los Tribunales peruanos derivada de la localización de los bienes del insolvente, puede operar incluso en los casos en que una sentencia extranjera de insolvencia no sea reconocida por el juez peruano por motivos de orden público, siendo los acreedores facultados a abrir un procedimiento concursal local en virtud de este artículo.
- xxiii. El artículo 2105 del Código Civil regula los efectos relativos al reconocimiento de un auto o sentencia de declaración de insolvencia. Algunas de sus disposiciones están a la vanguardia de la regulación de insolvencia actual, tales como, la facultad otorgada al juez de dictar medidas preventivas cuando se presenta la solicitud de reconocimiento, la solicitud de que dicho reconocimiento cumpla con los requisitos de notificación y publicidad de la norma interna, la declaración universal del hecho generador de la insolvencia, la apertura de un procedimiento de insolvencia local posterior al reconocimiento del procedimiento extranjero, la competencia de la ley concursal local para regir el procedimiento nacional, y la disposición de entregar el saldo del concurso local al procedimiento extranjero. Mientras que otras se alejan de esta tendencia, entre ellas, no retrotraer los efectos del concurso al momento en que fue dictada la sentencia o auto de insolvencia por el Tribunal extranjero, disponer que el procedimiento local abierto debe solo satisfacer a los acreedores domiciliados en el Perú o que tengan inscrita su acreencia aquí establece una discriminación respecto de los acreedores extranjeros, y limitar al procedimiento de insolvencia local a ser uno de liquidación.
- xxiv. A pesar de que algunas disposiciones de este artículo van acorde con la tendencia moderna, aún se tiene que trabajar las demás disposiciones para adaptarlas al tratamiento actual sobre esta materia, ya que sólo así se podrá estar en armonía con otras legislaciones y hacer más viable los mecanismos de colaboración y cooperación con otros Estados que nos permitan llevar coordinadamente un procedimiento transnacional de insolvencia.

- xxv. En la LGSC el Título Preliminar artículo IV proclama el principio de universalidad respecto de los efectos del concurso sobre la totalidad del patrimonio concursado. Esta disposición estaría acorde con la protección del crédito, si en realidad existiera en nuestra legislación normas de colaboración y cooperación entre las autoridades que dirigen el concurso que ayuden a lograr que los efectos del mismo realmente recaigan sobre la totalidad del patrimonio sin importar que éste se encuentre en un territorio extranjero, especialmente los efectos de protección al patrimonio del deudor cuando se abre un procedimiento concursal.
- xxvi. El artículo 2 inciso 1 de la LGSC delimita su competencia a los procedimientos concursales que se le inicien a los deudores que se encuentran domiciliado en el Perú. Sin embargo no se pronuncia respecto a su competencia sobre el procedimiento concursal abierto en el Perú a un deudor no domiciliado pero puede inferir que sí tiene competencia del artículo 2105 del CC.
- xxvii. Este artículo presenta una prohibición expresa sobre los acuerdos privados destinados a sustraerse de la ley concursal y jurisdicción peruana a los deudores domiciliados en el Perú, lo cual resulta acertado dado la naturaleza de orden público del régimen concursal, ya que con ello se podría afectar derechos de los acreedores y además que permite evitar problemas de fórum shopping y fraude a la ley que podrían manifestarse.
- xxviii. El artículo 6 desarrolla dos criterios para la atribución de competencia de la autoridad concursal. En el caso de los deudores domiciliados en el Perú el factor de atribución de competencia de la autoridad concursal se derivará del domicilio, mientras que para los no domiciliados la competencia de la autoridad concursal derivará del lugar de ubicación de los bienes.
- xxix. Este artículo al no contemplar el *centro de los principales intereses del deudor* como factor de atribución para la competencia a la autoridad concursal da la posibilidad de que se generen problemas de competencia negativa, competencia positiva de jurisdicción y de fórum shopping.
- xxx. Del análisis de las normas para regular el concurso internacional observamos que no ayudan a alcanzar el objetivo del sistema concursal, dado que éste debe ser protegido ex ante el concurso con normas que proporcionen seguridad jurídica a los acreedores y ex post el concurso con mecanismos eficaces que ayuden a obtener el máximo valor posible

del patrimonio concursado, esto es, la protección de la totalidad del patrimonio y la celeridad del procedimiento.

- xxxi. En la regulación del concurso internacional no hay seguridad jurídica por tres motivos: i) no se encuentra una norma que nos indique cuál será la norma que regirá el concurso internacional, ii) no se ha regulado diversos problemas que surgen en un concurso internacional, tales como, los problemas de competencia jurisdiccional y iii) qué cuestiones en el concurso se podrían considerar de orden público internacional.
- xxxii. Asimismo con las normas dispuestas en nuestro ordenamiento no se pueda maximizar el patrimonio del deudor en un concurso internacional: i) la protección del patrimonio no alcanza los bienes sobre los otros estados por lo que podrían ser ejecutados por los acreedores o extraídos por el deudor, ii) las decisiones de los acreedores recaerán solo sobre los bienes que se encuentran en el territorio, esto limitará su capacidad de decidir por la opción que represente el máximo valor del patrimonio y iii) la falta de mecanismos especiales de cooperación entre las autoridades de los Estados que están involucrados en el concurso hace que estos procedimientos sean más lentos y largos.
- xxxiii. Nuestra legislación ha adoptado el *principio de territorialidad moderada* para regular el concurso internacional, ello se desprende del reconocimiento del hecho generador de la insolvencia, de la apertura de un procedimiento local luego del reconocimiento de un procedimiento extranjero, de la independencia y falta de coordinación entre ambos y de otorgar el excedente del procedimiento local a los procedimientos extranjeros. Sin embargo este modelo, como ha quedado demostrado, no ayuda al objetivo planteado por el sistema concursal: *la protección del crédito*. Por lo que consideramos adecuado cambiar el principio adoptado en nuestra legislación por el de la *universalidad moderada*.
- xxxiv. Este principio que sugerimos necesita de mecanismos de cooperación y coordinación que sean adecuados a la celeridad que exige el procedimiento de insolvencia internacional por ello los mecanismos de cooperación que nuestra legislación proporciona no son adecuados dado que su actuación constituye un procedimiento lento y largo.
- xxxv. Debido a las deficiencias de nuestro ordenamiento para regular el concurso internacional consideramos necesario utilizar los métodos del Derecho internacional privado para proponer normas adecuadas que regulen esta institución. En ese sentido, podríamos

desarrollar normas sustantivas, conflictuales y autolimitativas propias para el ordenamiento jurídico peruano o adoptar la Ley Modelo UNCITRAL dado que ella guarda armonía con los principios que nuestra norma concursal proclama.

CONCLUSIONES GENERALES Y RECOMENDACIONES

Al término de este trabajo de investigación es posible plantear las siguientes conclusiones finales:

- i. El proceso de globalización y el desarrollo de las nuevas tecnologías han permitido crear un mercado internacional, observándose relaciones comerciales entre personas de distintos Estados, la circulación de bienes de frontera a frontera y el establecimiento de diversas actividades económicas en más de un Estado. Todo ello ha generado la proliferación de relaciones privadas internacionales y nuevas formas de organización empresarial, elementos importantes en el estudio del Derecho concursal que habían sido dejado de lado pero que actualmente son el centro de atención en las recientes investigaciones: la insolvencia internacional y los grupos empresariales que trabajan bajo el esquema de filiales.
- ii. En el contexto económico actual generado por la crisis financiera del 2008, se viene observando que muchas empresas no han podido superar esta etapa y se han visto obligadas a recurrir a procedimientos de insolvencia, es así que el Derecho concursal ha cobrado vigencia y relevancia. Sin embargo estas insolvencias no son las de antaño dado los elementos extranjeros involucrados, bajo este nuevo panorama, es necesario recurrir también al Derecho internacional privado para dar solución a dichas situaciones que generan los elementos extranjeros en el concurso y que sólo es posible tratar desde esta disciplina.
- iii. La insolvencia internacional constituye una relación privada internacional –objeto de estudio del Derecho internacional privado-. Su carácter de privada está dada por los sujetos, acreedor-deudor, e intereses privados, satisfacer su crédito, y su carácter de internacional por los bienes, obligaciones y acreedores dispersos en distintos Estados. A pesar de que bajo esta definición es posible encontrar a casi todos los usuarios del sistema concursal recordemos que es necesario analizar la relevancia

- del elemento extranjero para determinar si estamos ante una relación privada internacional, en este caso, una insolvencia internacional.
- iv. El concurso internacional presenta retos y problemas distintos a los generados en un concurso en el que sus elementos se encuentran circunscritos a un solo Estado. Tales como, procurar que el objetivo propuesto por el ordenamiento donde se inició el procedimiento pueda cumplirse en este nuevo escenario, determinar qué juez será el competente para abrir el procedimiento y cuál la ley aplicable al mismo, y establecer qué efectos y cómo se ejecutará una sentencia extranjera respecto a esta materia.
 - v. El objetivo que debe alcanzar la norma concursal se establecerá de acuerdo con el modelo de regulación concursal adoptado que depende del contexto económico en que se encuentre un determinado Estado. Así observamos que para algunos será más importante proteger el crédito, mientras que otros darán mayor prioridad a proteger a la empresa; pudiendo encontrar en un mismo ordenamiento uno de ellos subordinado al otro, como en el caso peruano.
 - vi. El profesor SAFA nos dice respecto al concurso: “(...)es una institución cuyos objetivos pretenden una atrevida proyección extraterritorial, pero que con frecuencia está condenada a una estricta territorialidad por el alcance de los instrumentos con los que cuenta para la realización de dichos objetivos”, lo que ha sido confirmado en nuestra investigación.
 - vii. Observando esta realidad los Estados intentaron desarrollar normas sustantivas uniformes interetáticas para regular la insolvencia, es decir, buscaron construir un *derecho internacional de la insolvencia*, sin éxito debido a las distintas materias que abarca esta institución. Este tipo de regulación tenía como base el principio de la universalidad.
 - viii. Posteriormente se hizo énfasis en resolver los problemas de competencia judicial internacional directa, competencia legislativa y reconocimiento y efectos de las sentencia de insolvencia en los demás Estados a través de instrumentos de *hard law* y *soft law*.
 - ix. Los instrumentos de *hard law* fueron tratados de naturaleza bilateral y multilateral, más comunes entre países geográficamente vecinos, con una misma cultura jurídica o con fuertes lazos comerciales. Los instrumentos de *soft law* fueron leyes modelos,

- modelos de concordatos para cooperación entre autoridades de los Estados desarrollados por organizaciones internacionales.
- x. Estos instrumentos en sus inicios buscaron desarrollar el principio de universalidad en su máxima expresión, un procedimiento universal de insolvencia. Sin embargo, fue difícil llegar a un consenso en todos los términos por la diversidad de los criterios en la legislación interna de cada Estado y porque cada uno de ellos buscaba proteger los intereses de sus nacionales, admitiéndose así matices del principio de territorialidad, la pluralidad de juicios. Es así que se trabajó en la aplicación del principio de universalidad en su versión moderada para la regulación del concurso internacional, haciendo énfasis en los mecanismos de cooperación y comunicación transcendentales para el funcionamiento de este principio.
 - xi. La competencia judicial internacional en el tema de la insolvencia fue atribuida al juez donde el deudor se encontraba domiciliado porque había una presunción de que éste allí administraba su negocio y era donde tenía la mayor parte de sus activos; sin embargo, debido a los frecuentes problemas que se presentaron se buscó un nuevo factor de atribución para la competencia judicial internacional este es el “*centro de los principales intereses del deudor*” para los procedimientos principales y “*establecimiento comercial*” para los procedimientos secundarios.
 - xii. Para determinar la competencia legislativa se siguió la fórmula: “*la competencia legislativa deriva de la competencia judicial*”, es decir se aplicaría la *lex fori concursos*. Ello debido a que el concurso tiene una naturaleza altamente procesal, las medidas que se toman para abrir el procedimiento concursal así como su realización tienen materias de fondo y aspectos procedimentales que están a menudo atados y por ello tomados del mismo ordenamiento del juez. No obstante, no se niega que pueda concurrir con ésta otras normas que tengan preferencia de aplicación, planteándose así excepciones a la misma, la más usual la *lex rei sité*.
 - xiii. El reconocimiento y efecto de las sentencias o autos de insolvencia deben pasar por el mecanismo del exequátur o el reconocimiento automático, aunque éste último es más rápido debido a que requiere menos formalidades es menos usado pues es necesario contar con un grado alto de colaboración y confianza entre los tribunales, por ello es utilizado en el marco de un tratado entre Estados.

- xiv. El orden público también fue contemplado como una limitación al reconocimiento de una sentencia o auto extranjero de insolvencia, en algunos tratados se delimitó qué materias del concurso podrían entenderse protegidas por esta medida.
- xv. Se observa que los tratados de insolvencia internacional en un inicio dieron mayor importancia a normas sustantivas, pero al no conseguir un consenso se cambió a desarrollar más normas conflictuales para dar solución a estos problemas. Actualmente, se combinan los tres métodos del Derecho internacional privado para regular la insolvencia internacional.
- xvi. Así podemos concluir de estos intentos la veracidad de lo expuesto por el profesor VOLKEN: *“No hay un derecho internacional de la quiebra, pero sí un derecho de la quiebra internacional”*.
- xvii. Las regulaciones más modernas en materia de insolvencia internacional han planteado han adoptado el principio de universalidad moderada y contienen normas sustantivas, conflictuales y autolimitativas para regular las diversas materias que abarca el concurso internacional, estas son, la Ley Modelo UNCITRAL (1997) y el Reglamento Europeo de Insolvencia (2000).
- xviii. La Ley Modelo UNCRITRAL plantea mecanismos eficientes de cooperación, coordinación y comunicación entre los tribunales de los Estados involucrados en la insolvencia internacional que ayudan a la celeridad del procedimiento transnacional y a la protección de la totalidad del patrimonio del deudor. Tiene especial énfasis en los temas de competencia judicial internacional directa e indirecta en esta materia.
- xix. El Reglamento Europeo es un tratado regional que abarca los temas de competencia judicial internacional, competencia legislativa, reconocimiento y ejecución de las sentencias de insolvencia y orden público. Tiene un amplio desarrollo de los problemas que se observan en el concurso internacional. El alto grado de cooperación y confianza entre los Estados parte hace que pueda funcionar mejor estas normas de insolvencia, no obstante se han presentado problemas de interpretación de algunas disposiciones debido a la diferente cultura jurídica de éstos.
- xx. El sistema concursal peruano tiene normas que no han abordado los problemas generados por la insolvencia internacional en su totalidad. Las normas de fuente internacional datan de muchos años atrás que sólo han desarrollado aspectos básicos

- del concurso internacional que aún conservan alguna vigencia. Las normas de fuente interna por su parte no han abordado la mínima parte de esta problemática.
- xxi. Nuestras normas de fuente interna han adoptado el principio de la territorialidad moderada y así se han dejado sin solución las diversas controversias que esta institución plantea.
- xxii. La LGSC señala que el objetivo de nuestra legislación en esta materia es: proteger el crédito. Para ello es necesario generar seguridad jurídica a los actores del mercado en estos temas y maximizar el patrimonio del deudor (proteger de la totalidad del patrimonio del deudor y dar celeridad a los procedimientos de insolvencia).
- xxiii. De nuestra investigación se concluye que el principio de territorialidad moderada seguido por nuestra legislación no es el adecuado para alcanzar este objetivo. Ya que bajo este principio no se logra maximizar el patrimonio del deudor, puesto que sus disposiciones no alcanzan a proteger la totalidad del patrimonio y no desarrolla métodos de colaboración y coordinación adecuados para los procedimientos de insolvencia transfronteriza por lo que el procedimiento es lento y largo.
- xxiv. Se dice que nuestra norma busca generar un espacio adecuado para la negociación entre los acreedores y el deudor, ello no se logra en una insolvencia con elementos extranjeros puesto que está latente la posibilidad de que los acreedores ejecuten los bienes que se encuentran en otros Estados dado a que no hay normas que permitan una coordinación rápida y efectiva con ellos. Además que las decisiones que tomen los acreedores pueden no ser viables, por ejemplo, si se ejecutó un activo importante del negocio en otro Estado que era necesario para la reestructuración.
- xxv. El artículo 2061 hace una excepción a la regla general: “los bienes integrantes de una universalidad se deben regir por una misma ley y bajo una misma jurisdicción”, para otorgar competencia al juez peruano, que es derivada de la localización de dicho bien en el territorio nacional. Y que podrá ser aplicada también en los casos en que la sentencia de insolvencia extranjera no sea admitida mediante el exequátur. El artículo 6.2 LGSC también ha contemplado el mismo criterio de atribución de competencia.
- xxvi. El artículo 2105 desarrolla algunos efectos del reconocimiento de una sentencia o auto extranjero de insolvencia, algunos de éstos acordes con la regulación actual; sin

embargo, también se observan disposiciones que sólo obstaculizan la posibilidad de tener un procedimiento coordinado con la cooperación de otros Estados involucrados, debido a la discriminación que se hace a los créditos extranjeros. No se ha modificado esta disposición que arrastra la limitación de los créditos extranjeros a participar en un concurso secundario por la Ley Procesal de Quiebras de 1932.

- xxvii. En ambos artículos se observa la regulación de un procedimiento secundario entendiéndose que el procedimiento extranjero es el principal. No obstante, dichos artículos no han utilizado estos términos para establecer algún tipo de jerarquía y coordinación entre ellos. Sí se observa que la competencia del procedimiento secundario queda limitada a los bienes del territorio nacional y sólo pueden ser de naturaleza liquidatoria.
- xxviii. No existe en nuestro ordenamiento una norma adecuada que regule la posibilidad de coordinar con los tribunales extranjeros, ni un mecanismo para tramitar juicios paralelos en caso de tener un procedimiento principal y otro u otros secundarios.
- xxix. No se ha contemplado en las normas del Código Civil una norma conflictual que señale la norma sustantiva *aplicable al concurso*.
- xxx. En la legislación interna el artículo 6.1. y 6.3 da como factor de conexión para determinar la competencia de la autoridad concursal al domicilio del deudor, sin embargo, se ha observado que de éste puede presentar diversos problemas en su aplicación tales como, el conflicto positivo o negativo de competencia entre autoridades de distintos países y el problema del fórum shopping.
- xxxi. La competencia legislativa que se deriva del artículo 2.1. es una norma unilateral que delimita su propia competencia para los procedimientos que se lleven a cabo a los deudores domiciliados en el Perú, sin embargo, guarda silencio sobre la ley aplicable a los procedimientos de insolvencia a los no domiciliados, lo que es posible deducir del artículo 2105.
- xxxii. Por otro lado, si bien el Perú ha ratificado algunos tratados internacionales en los temas de cooperación judicial internacional, estos no son eficientes al momento de aplicarlos en los procesos de insolvencia internacional, ya que se debe cumplir con una serie de procedimientos que hacen la cooperación lenta y formalista, siendo ello perjudicial para los acreedores y el mismo deudor.

- xxxiii. En ese sentido, nuestra legislación debería adoptar el principio de universalidad moderada dado que así podría darse una adecuada protección al patrimonio del deudor y celeridad en los procedimientos de insolvencia, mediante mecanismos adecuados de cooperación y coordinación entre las autoridades, logrando de este modo maximizar el patrimonio del deudor.
- xxxiv. A razón de ello debemos recurrir a los métodos del Derecho internacional privado para desarrollar normas que permitan resolver los problemas generados por esta institución, ya que son los que mejor abordan las distintos enfoques del problema dándole una mejor solución. Estos son, el método sustantivista, el método conlictual y el método autolimitativo.
- xxxv. Para desarrollar una regulación del concurso internacional propia para nuestro ordenamiento será necesario tomar en cuenta qué materias deberán resolverse con normas sustantivas, normas conflictuales y normas autolimitativas.
- xxxvi. Las materias que deben tratarse bajo normas sustantivas son las condiciones y limitaciones al reconocimiento de créditos extranjeros, los casos de pago parcial a los acreedores en un Estado extranjero, la obligación de informar la apertura del concurso en otros Estados, el deber de trabajo conjunto entre los administradores del procedimiento concursal, los diversos mecanismos de cooperación entre las autoridades, la entrega del remanente al procedimiento principal, establecer una cláusula de reciprocidad y delimitar las materias de orden público.
- xxxvii. Las normas conflictuales deben abarcar las materias de ley aplicable al procedimiento de insolvencia, el derecho de compensación del acreedor y los derechos reales.
- xxxviii. Las normas autolimitativas deben aplicarse para proteger el orden de prelación de los créditos que nuestra norma local declara.
- xxxix. La otra alternativa para regular la insolvencia transfronteriza en nuestro ordenamiento sería incorporar la Ley Modelo UNCITRAL cuyos principios, según nuestro análisis, no son contrarios a nuestra legislación y permitiría actualizar nuestras desfasadas reglas en el tratamiento del concurso internacional. Dando un sistema adecuado de cooperación y coordinación con los demás Estados.
- xl. La incorporación de la Ley Modelo en nuestra legislación daría una solución procesal a los problemas de insolvencia transfronteriza, permitiendo el

- reconocimiento del procedimiento extranjero en un tiempo adecuado, la coordinación y comunicación entre las autoridades encargadas del procedimiento concursal y asegurando la participación de todos los acreedores en el procedimiento. Esta norma no pretende cambiar el derecho sustantivo de insolvencia nacional.
- xli. La Ley Modelo UNCITRAL permitiría garantizar la igualdad entre los acreedores, puesto que no permite hacer una distinción entre los acreedores en razón de su nacionalidad pero sí en razón a la naturaleza de su crédito, así conserva las diferencias propias que cada ordenamiento y asegura la universalidad de la masa de acreedores. De modo que se hace viable la cooperación entre las autoridades porque sus nacionales no serán discriminados y recibirán el mismo trato que los acreedores locales.
 - xlii. Asimismo la Ley Modelo UNCITRAL permitiría al INDECOPI mayor libertad en los mecanismos de cooperación, ya que si bien da algunos ejemplos de éste, impone a la autoridad concursal el deber de recurrir a cualquier medio de cooperación que considere idóneo para el óptimo desarrollo del procedimiento de insolvencia internacional.
 - xliii. Al incorporar la Ley Modelo UNCITRAL a nuestro ordenamiento crearíamos un ambiente idóneo para llevar a cabo un procedimiento coordinado de insolvencia transfronteriza con los Estados que también han incorporado la Ley Modelo, de modo que habría una armonía en el desarrollo del procedimiento.
 - xliv. Finalmente, cabe señalar que es necesario regular la insolvencia internacional en nuestro ordenamiento -especialmente ahora que el Perú se ha vuelto uno de los países más atractivos para las inversiones- ya que la previsibilidad y seguridad jurídica son elementos importantes tenidos en cuenta por los inversionistas a la hora de analizar el riesgo país. Tener reglas claras y no discriminatorias en las relaciones de acreedores-deudor en una situación de crisis o insolvencia internacional es clave para incentivar o desincentivar al inversor extranjero en un país.

Asimismo nos hemos permitido plantear las siguientes recomendaciones para mejorar nuestra legislación:

- i. Mejorar las medidas de sanción que tiene nuestra norma concursal respecto al mal uso del sistema por los acreedores y deudores.
- ii. Dar incentivos a las empresas para acudir al procedimiento preventivo cuando así lo requiera su situación y no esperar llegar a un estado de crisis en última etapa donde sólo podrá acceder a una liquidación.
- iii. Establecer medidas que ayuden a las empresas a llevar a cabo con éxito un procedimiento de reestructuración.
- iv. Los acreedores con garantías reales no deberían tener más restricciones que las generales para poder solicitar la apertura del concurso de su deudor.
- v. Los jueces comerciales deberían sustituir a los jueces de los contencioso-administrativos en la función de control de las resoluciones de INDECOPI , ya que aquellos podría comprender con facilidad las cuestiones que se plantean en el procedimiento concursal.
- vi. Realizar un detallado análisis de las deficiencias que nuestra norma tiene para afrontar la insolvencia transfronteriza y actualizar nuestras normas que tratan la misma.
- vii. Adoptar el principio rector de la universalidad moderada para regular la insolvencia internacional, ya que es el principio que permite lograr el objetivo que nuestra norma concursal propugna.
- viii. Establecer una norma conflictual para el tratamiento de la insolvencia transfronteriza que genere seguridad jurídica y que esté acorde con nuestro ordenamiento, esta es, la *lex fori concursus*: “El procedimiento de insolvencia se regirá por la del Estado de apertura del mismo”.
- ix. Introducir los términos “procedimiento principal” y “procedimiento secundario” en el glosario de nuestra LGSC y desarrollar algunas limitaciones para el caso del procedimiento secundario. Asimismo, debemos desarrollar los conceptos de *centro de los principales intereses del deudor* y *establecimiento comercial*.
- x. Cambiar el factor de atribución de competencia judicial internacional al “*centro de los principales intereses del deudor*” para el procedimiento principal e introducir el factor de atribución del *establecimiento comercial* para el caso del procedimiento secundario.

- xi. Modificar las disposiciones que podrían significar un trato diferenciado a los acreedores extranjeros.
- xii. Desarrollar normas que permitan a la autoridad concursal tener más libertad de actuación en los métodos para la cooperación y coordinación con los demás Estados.
- xiii. Modernizar el sistema de notificaciones para acelerar el procedimiento de insolvencia, esto puede ser a través de medios electrónicos, no sólo beneficiaría a una insolvencia internacional sino también local.
- xiv. Sin perjuicio de las recomendaciones que urgen adoptar a nuestra norma concursal creemos que deberíamos estudiar la posibilidad de adoptar en un futuro cercano la Ley Modelo UNCITRAL.
- xv. La incorporación de esta norma resultaría más adecuada porque con los Estados que la han incorporado estaríamos hablando en los mismos términos, por así decirlo, y tendríamos soluciones afines de modo que el procedimiento sería más rápido.
- xvi. Cuando se incorporó la norma UNCITRAL al ordenamiento peruano ésta debe considerar el principio de reciprocidad para incentivar a los demás países adoptar esta regulación, además de que se ha observado los mecanismos de cooperación que proporciona esta norma funciona mejor entre los países que la han adoptado.
- xvii. Finalmente, al adoptar la norma UNCITRAL será necesario invertir en infraestructura y tecnología para incorporar medios que permitan notificaciones al extranjero cuando así lo requiera el procedimiento, así como asegurar la recepción de pruebas y realización de video conferencias o cualquier otro medio electrónico que garantice la cooperación entre los tribunales y la correcta aplicación de la norma.

BIBLIOGRAFÍA

- **Libros y artículos:**

1. ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Tomo I. Vigésima Segunda Edición. Madrid: Espasa Calpe. 2001: <http://buscon.rae.es/draeI/>
2. AGUILAR BENITEZ, Mariano y CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz. En: “*La Competencia judicial Internacional en material concursal*”. Libro Homenaje a Manuel Olivencia. Madrid: Marcial Ponds Ediciones Jurídicas, 2005.
3. ALEGRÍA, Héctor. “La conservación de la empresa como centro principal del derecho concursal moderno. (Evolución, panorama actual y cuestiones modernas)”. En: Tratado de la Empresa. Tomo I. Editorial: AbeledoPerrot S.A. Buenos Aires. 2009.
4. BALZ, M., “*The European Union Convention on Insolvency Proceedings*”, American Bankruptcy Law Journal 70, 1996.
5. BELL, Andrew. “Forum Shopping and Venue in Transnational Litigation”. En: Private International Law Series. Editorial: OXFORD. 2003.
6. BERENDS, Andre J. “The UNCITRAL Model Law on cross-border insolvency: a comprehensive overview”. *Tulane Journal of International and Comparative Law*. N.66, Spring, 1998.
7. BISBAL MENDEZ, Joaquín. “La empresa en crisis y el derecho de quiebras. (Una aproximación económica y jurídica a los procedimientos de conservación de empresas)”. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, España, 1986.
8. BOGGIANO, Antonio, “*Derecho Internacional Privado*”, Tomo II, Segunda Edición, Buenos Aires: Ediciones Delpama, 1983.
9. BOGGIANO, Antonio, “*Derecho Internacional Privado*”, Cuarta Edición Actualizada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.

10. BONIFANTI Y GARRONE, citando a PROVINCIALI, Concursos y Quiebra, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978.
11. BROWN, Donald. “*The Earth Charter as an International “Solf Law”*”. Consultado el 10.11.2012. <http://www.earthcharter.org/resources/speeches/brown.htm>
12. BUFFORD, Samuel L, United States International Insolvency Law 2008-2009. New York : Oxford Univ Press, 2009.
13. CAMPUZANO, Beatriz, Aspectos internacionales del Derecho Concursal”, Ediciones Laburum, 2004.
14. CANDELARIO MACÍAS, María Isabel. “El Derecho Mercantil Internacional: la insolvencia con elementos extranjeros”, en Alfonso Luis Caravaca; Santiago Areal Ludeña (Directores), Cuestiones actuales del Derecho Mercantil Internacional, Colex, Madrid, 2005.
15. CALVO CARAVACA, Alfonso y Javier, CARRASCOSA GONZÁLES. “*Derecho Internacional Privado*”. Granada: Comares, 2005.
16. CALVO CARAVACA Alfonso y CARRASCOSA GONZÁLES Javier. “*Derecho Internacional Privado*”. Volumen I, Editorial Comares, Madrid, 2000.
17. CARRASCOSA GONZÁLES, Javier. “Globalización y Derecho Internacional Privado en el Siglo XXI”. Anales de Derecho. Universidad de Murcia. N°22. 2004. Pp. 37. Consultado el 25 de enero de 2012. <<http://revistas.um.es/analesderecho/article/view/80941>>.
18. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: Derecho internacional privado. Introducción a sus problemas fundamentales. Tercera edición. Madrid: Tecnos, 1985.
19. CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, “Manual de Organización Judicial”, 2° Edición, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2005.
20. CERDÁ ALBERO, Fernando y Ignacio SANCHO GARGALLO: “Curso de Derecho Concursal”. Madrid: Colex, 2000.
21. COOPER, Neil y REDMOND, Christopher J., “Legislación Colombiana sobre la Insolvencia Transfronteriza”. En: Seminario Internacional de Insolvencia Transfronteriza. Colombia. 2007. Superintendencia de sociedades. Consultada el 31 de mayo de 2012. <http://www.supersociedades.gov.co/web/documentos/Insumos%20Seminario%20Internacional%20-%20-%20en%20espa%F1ol.pdf>

22. COLÍN VILLAVIVENCIO, Luis Guillermo. “El *Solf Law*, ¿una fuente formal más del Derecho Internacional”. p, 1. Consultada el 10.11.2012.
<http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/030330120008.html>
23. CUBILLOS, Camilo, “*El procedimiento de insolvencia –una visión comunitaria*”, Revist@-Mercatoria. Consultada el 10.06.2011.
<<http://www.emercatoria.edu.co/paginas/volumen3/pdf02/procedimiento.pdf>>.
24. CHAN HO, Look. Cross-Border Insolvency, “*A commentary on the UNCITRAL Model Law*”, Global Law & Business. Second Edition. London. 2009.
25. CHANG, Cristina, “*El cambio de domicilio y sus efectos en el impuesto a la renta*”, Ponencia presentada en las Jornadas Nacionales de Derecho Tributario, Lima: PUCP, 2008.
26. DASSO, Ariel, “*Derecho Concursal Comparado*”, Tomo I y II, Buenos Aires: Legis. 2009.
27. DASSO, Ariel. En: “Un “nuevo” Derecho Concursal en el Derecho Comparado, en ocasión de la reforma al régimen italiano (2005/2006)”. Consultada: 16 de Mayo de 2011.
<<http://www.derecho-comparado.org/Colaboraciones/DassoArielUnNuevoDerechoConcursal.html>>
28. DASSO, Ariel. “*LA Quiebra Transnacional*”. En: Criterio Jurídico. Santiago de Cali. 2005., pp. 124. Consultada el 22.07.2010.
<http://www.puj.edu.co/banners/La_quiebra.pdf>
29. DASSO, Ariel. En: “El Derecho Concursal hoy”. Publicado en La Ley 2009-B, 921. Consultado: 01.06.2011.
<http://www.comisionlazzatti.com.ar/docyjur/doctrina/dcyq/cesacion_de_pagos/Ariel_Dasso.rtf>
30. DASSO, Ariel A. “La dilución del principio de colectividad o universalidad de acreedores en los procedimientos concursales menores o preventivos”, Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, 8, 9, 10 y 11 de noviembre de 2006, Mérida, Estado de Yucatán-México.
31. DELGADO BARRETO, César, DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y César Lincoln CANDELA SÁNCHEZ. “Introducción al Derecho Internacional Privado”. Tomo I. Lima: PUCP. Fondo Editorial 2002.

32. ESPINOZA, Juan y ATOCHE, Paola (Coordinadores). En: Ley General del Sistema Concursal. Análisis Exegético. Lima: Editoras Rodhas.2011.
33. ESPLUGUES MOTA, Carlos. En: “La Quiebra Internacional”. Estudio comparado de los nuevos desarrollos doctrinales y legislativos en la materia, con especial referencia a las perspectivas de reforma del modelo español. Barcelona: José María Bosch Editor S.A. 1993.
34. EZCURRA RIVÉRO, Huáscar. “La Nueva Ley del Sistema Concursal”. ¿Hacia dónde vamos? ¿Avance o retroceso? En: Derecho Concursal. Estudios previos y posteriores a la nueva Ley Concursal-Análisis Económico del Derecho. Primera Edición. Lima: Palestra. 2002.
35. EZCURRA RIBERO, Huáscar. “*La Ley de Reestructuración Patrimonial: Fundamentalmente un instrumento de reducción de costos de transacción*”. Derecho Concursal- Estudios Previos y posteriores a la nueva Ley Concursal. Palestra Editores S.R.L. Lima, 2002.
36. EZCURRA, Huáscar. En: “La Quiebra declarada en el extranjero y sus efectos en territorio peruano”. Material proporcionado por el mismo autor vía email.
37. FARLEY, James. “*Buenas prácticas en el ámbito de los procesos de insolvencia transfronterizos a la luz del proyecto de principios generales de La Haya sobre comunicaciones judiciales propuesto*”. Consultado el: 20.07.2012. <http://www.hcch.net/upload/newsletter/BJ15_Farley.pdf>.
38. FAURA LLUIS, Enric. En: “La ley Concursal una visión contextualizada de la crisis”. Consultado: 04.06.2011. <http://www.togas.biz/articulos/Derecho-Mercantil/Concursal/La-ley-Concursal--una-vision-contextualizada-de-la-crisis.html>
39. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego y DREYZIN de KLOR, Adriana. (Coordinadores). Derecho del Comercio Internacional y temas de Actualidad: Insolvencia Transfronteriza. Asunción: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP). 2009.
40. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y Sixto SÁNCHEZ LORENZO. Curso de Derecho Internacional Privado. Madrid: Editorial Civitas. 1991.
41. FRANCESKAKIS, Phocion. “*Quelques précisions sur les lois d’application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois*”. Revue critique de droit international privé. París. 1996.

42. FLETCHER, Ian F. “Insolvency in Private International Law”. National and International Approaches. New York: Oxford University Press. Second Edition. 2005.
43. FLINT, Pinkas. “Tratado de Derecho Concursal”. Volumen I. Lima: Grijley, 2004.
44. FUNDACIÓN TOMÁS MORO. Diccionario Espasa Jurídico. Madrid: Editorial Espasa Calpe S.A., 2001.
45. GARCIMARTÍN ALFEREZ, Francisco. En: “El Reglamento de Insolvencia: Una aproximación general”. Consultada el 22.02.2010.
<http://www.uam.es/centros/derecho/privado/dipriv/Reglamento%20insolvencia.htm>
46. GARCIA CALDERÓN, Manuel: “Derecho Internacional Privado”, Fondo del Programa de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 1969.
47. GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo II. México: Editorial Porrúa, 1979.
48. GONZALES PASCUAL, Julián y ALDA GARCÍA, Mercedes. “Las Insolvencias Transfronterizas; Papel de la UNCITRAL”. Universidad de Zaragoza. Pp. 10. Consultada el 18 de abril de 2012.
http://personales.ya.com/aeca/pub/on_line/comunicaciones_xvcongresoaeaca/cd/61d.pdf
49. GUZMÁN LATORRE. “Tratado de Derecho Internacional Privado”. Santiago de Chile: Jurídica de Chile. 1989.
50. HOWARD, Seife. “New Chapter 15 to Replace Section 304”. Consultada el 24.10. 2012.
<http://www.chadbourne.com/files/Publication/24a899a3-6837-4d8d-979f-cef4d72fb584/Presentation/PublicationAttachment/d5f51bf9-b823-46fa-a31a-d0319261e91e/PrattsBankruptcy05-Seife.pdf>
51. IRIARTE, Ángel y CASADO ABARQUEDO, Martha. En: “European Insolvency Law: Brief Approach to Council Regulation (EC) n°. 1346/2000 on Insolvency Proceedings”. EUROPEAN INSOLVENCY REGULATION. España: ARANZADI, 2010.
52. PAJARDI, Piero. Derecho Concursal. Naturaleza, crisis, presupuestos y proceso. Tomo I. Buenos Aires: Abaco de Rodolfo Del palma. 1986.
53. PAJARO MORENO, Martha. “La desjudicialización del concurso de acreedores”. En: “La empresa en el Siglo XX”. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia. Primera edición. 2005.
54. PASTOR RIDRUEJO, J.A., “La Faillite en Droit International Privé”. En: Recueil des cours. Tome 133(1971).

55. PAULUS, Christoph. Cooperación Judicial en Insolvencia Transfronterizas. Reseña de algunas cuestiones y publicaciones relevantes. 2006. pp. 1. Consultada el: 15.05.2012. <http://siteresources.worldbank.org/GILD/Resources/GJF2006CooperacionJudicialenCursosPaulusSP.pdf>
56. PEARL, Simón. “Forum Shopping in the EEC”. En: 15 international Business Lawyer. 1987. p. 391-392. Consultada el: 16.02.2012. <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/ib15&div=106&id=&page=>>>.
57. Pillet, “*Traité pratique de droit international privé*”, Tome II, Paris-Grenoble, 1923.
58. PUELMA ACCORSI, Álvaro. Curso de Quiebras. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. Segunda Edición. 1971.
59. POVINCIALI, Renzo. “Tratado de Derecho de Quiebra”. Barcelona: Editorial AHR. Tercera Edición. Vol. I, 1958.
60. QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia. “El impacto de la quiebra transfronteriza en las legislaciones internas”. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Año XL. N° 120. 2007.
61. NUGENT, Ricardo. Derecho de Quiebra. Tesis de Doctorado en Derecho Privado. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho, 1962.
62. LAGUADO MONSALVE, Darío (Director). “Análisis de los procesos concursales y responsabilidad empresarial”. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. p. 89. Consulta: 29.09.2011. <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS60.pdf>
63. MÉJAN, Luis Manuel. “Las Bases de un Derecho Concursal”. Estudios del Instituto Federal de Especialistas en concursos Mercantiles. N° 17, 2002. Consultada: 01.07.2011. www.ifecom.cjf.gob.mx/PDF%5Cestudio%5C17.pdf
64. MONTOYA ALBERTI, Ulises. “Prologo”. BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo y PALMA NAVEA, José. “Comentarios a la nueva Ley General del Sistema Concursal”. Lima: Gaceta Jurídica, 2002.
65. ORIA FERNÁNDEZ DE MUNIAIN, Román, “La Quiebra Transnacional”, Revista de Derecho Privado, Madrid: Edersa, 1998.
66. ORTEGA OLORTEGUI, Susan, “El Ius Puniendi en manos de la junta de acreedores: Los vacíos legales en el régimen de infracciones para las entidades administradoras y

- liquidadora en los procedimientos concursales”. Consultada el: 02.05.2003.
[http://www.derecho.usmp.edu.pe/Itaest_Articulos_Estudiantiles/01-2012_EL_IUS_PUNIENDI_EN_MANOS_DE_LA_JUNTA_DE_ACREEDORES Susa
n Ortega O.pdf](http://www.derecho.usmp.edu.pe/Itaest_Articulos_Estudiantiles/01-2012_EL_IUS_PUNIENDI_EN_MANOS_DE_LA_JUNTA_DE_ACREEDORES_Susan_Ortega_O.pdf)
67. OMAR, Paul. “The Landscape of International Insolvency Law”. En: International Insolvency Review, Vol 11,2002,p, 178. Consultada el 10.10.2011.
<http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/668/5907.html>
68. OVIEDO ALBÁN, Jorge. “Insolvencia Transfronteriza: Ley Modelo UNCITRAL”. En: Estudios de Derecho Mercantil Internacional. Principios de UNIDROIT, *lex mercatoria*, compraventa internacional, contratación electrónica, insolvencia internacional, Bogotá: Universidad de la Sabana, 2009.
69. Out-Law.com, “EU insolvency law plans propose dramatic changes in cross border cases, says expert”, 17, December, 2012, < <http://www.out-law.com/en/articles/2012/december/eu-insolvency-law-plans-propose-dramatic-changes-in-cross-border-cases-says-expert/>>
70. RAMÍREZ, José A. “La Quiebra”, Segunda Edición, Barcelona: Editorial Bosch, 1998.
71. RODRÍGUEZ, Mónica. En: Armonización legislativa en materia de salvataje de empresas en el MERCOSUR: ¿Una quimera o necesidad? Tesis para optar por el grado de Doctor en Ciencias Sociales. Consultada el: 30 de noviembre de 2011.
<<http://www.eumed.net/tesis/2010/msr/SALVATAJE%20EN%20EL%20DERECHO%20ARGENTINO.htm>>
72. RODRÍGUEZ, Mónica. “El régimen argentino de concursos y quiebras internacionales”. Consultada: el 20. 04. 2010. < <http://www.eldial.com.ar/nuevo/archivo-doctrina-detalle-tc.asp?archivo=nt040855.asp&pie=DC481%3Cbr%3E&direc=2>>.
73. ROJAS LEO, Juan Francisco. “Comentarios a la Ley General del Sistema Concursal”. Lima: Editores- ARA. 2002.
74. ROUILLON, Adolfo A.N. “Cooperación Judicial en Concursos Transfronterizos”. VII Congreso Argentino de Derecho Concursal –V Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia. Mendoza, Argentina, 2009. Consultada el 22.05.2012.
[http://www.congresoconcursal.com.ar/pdfs/temario/ROUILLON Adolfo A Cooperacio
n judicial concursos transfronterizos.pdf](http://www.congresoconcursal.com.ar/pdfs/temario/ROUILLON_Adolfo_A_Cooperacion_judicial_concursos_transfronterizos.pdf)

75. REVOREDO MARSANO, Delia. En: Código Civil: “Exposición de Motivos”. OKURA Editores S.A. Parte III. 1985.
76. ROSSI, Guido. Perú y España. En: “Dos realidades, dos mundos distintos, unidos por un derecho común”, p. 13. Consulta: 03.11.2011. <http://galeon.com/josicu/OTROS/9t.pdf>
77. SZYDLO, Marek. “Prevention of Forum Shopping in European Insolvency Law”. En: European Business Organization Law Review. Consultada el: 10.01.2012. <<http://web.ebscohost.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/ehost/pdfviewer/pdfviewer?sid=a2a7ee8b-8553-4259-951d-7a7fc98fef00%40sessionmgr11&vid=2&hid=24>>
78. SOTOMONTE MUJICA, David Ricardo. “Insolvencia transfronteriza: evolución y estado de la materia”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2009.
79. SOTOMONTE MUJICA, David. “Colombia frente a la insolvencia transfronteriza: El reconocimiento de una nueva realidad”. En: Revista de Derecho Comparado. N°14. Editorial: Rubinzal-Culzoni Editores. 2011.
80. SCOTTI, Luciana B. “La Insolvencia Internacional a la Luz del Derecho Internacional Privado Argentino y de Fuente Interna”. En: Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”. Año 1. N° 1. 2007. Pp. 160. Consultada: 10. Octubre de 2010. http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0001A001_0008_investigacion.pdf
81. SHEPARD, Lawrence, Personal failures and the Bankruptcy reform of 1978; J.L. Icom, (27), 1984.
82. TALICE, Jorge R. *Objeto y método en el Derecho Internacional Privado*. Montevideo: Editorial Grosf Service, 1986.
83. TIRADO, Ignacio, Principio de Universalidad, En: ROJO, Ángel y BELTRÁN, Emilio, Comentario de la Ley Concursal, Ediciones Civitas, Madrid, 2006.
84. TOVAR GIL, María del Carmen. Código Civil Comentado. Tomo X. Gaceta Jurídica. 2010.
85. VICENT CHULIÁ, Francisco, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*. Madrid: Librería Bosch, Segunda edición, Tomo II, 1986.
86. VOLKEN, Paul. L’Harmonisation du Droit International Privé de la Faillite. En: Recueil des cours. Tome 230 (1991).

87. VIRGÓS SORIANO, Miguel y GARMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. Derecho Procesal Civil Internacional, Litigación Internacional. Madrid: EDITORIAL ARANZADI, Segunda Edición. 2007.
88. VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFEREZ, F, “Derecho Procesal Civil Europeo”, McGraw-Hill, Madrid, 1996.
89. WILCHEZ DURÁN, Rafael. En: “Insolvencia Transfronteriza en el derecho colombiano”. Universidad del Norte. Revista de Derecho Barranquilla.2009. p. 167. Consulta: 16 Julio de 2010. <<http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/32/7%20LA%20INSOLVENCIA%20TRANSFRONTERIZA.pdf>>
90. WESSELS, Bob, The European Union Insolvency Regulation: An Overview With Trans- Atlantic Elaborations”, p, 487. Consultada el 10.06.2012 <<http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/39/378.html>>
91. WESSELS, Bob, “Current Developments towards International Insolvencies in Europe”, International Insolvency Review, 2004.
92. WESSELS, Bob. The Future of the European Insolvency Regulation: what type of facelift? Consultado el 20.10.2012.< <http://www.eir-reform.eu/uploads/papers/PAPER%205-1.pdf> >
93. WESSELS, Bob. The European Union Insolvency Regulation: It´s first year in the dutch court. Consultado el 18. 08.2011. <<http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/39/388.html>>

Revistas:

94. ADRIANZÉN RODRIGUEZ, Luis Carlos. “Vallas donde vayas: El costo social de la valla concursal en el Perú”. *En: Revista de la competencia y propiedad intelectual*. N 12, 2011.
95. ALVARADO ESCOBAR, Omar y BIANCHINI AYESTA, Aldo. “Es posible “desadministrar” la Insolvencia”. *En: Revista Círculo de Derecho Administrativo*, Vol. 11, Tomo 1, 2012, pp, 327-340.
96. APARICIO ALDANA, Rebeca Karina. “Lineamientos básicos del Derecho concursal”. *En: Revista JuS Doctrina & Práctica*. N° 6, Lima: Grijley, Junio 2008, pp, 553-567.

97. ARAYA, Tomas. “Tendencias Actuales sobre la Insolvencia Transfronteriza: Una visión desde Argentina”. En: ADVOCATUS. Lima: Universidad de Lima, N°12, 2005.
98. BAIRD, Douglas. “Axiomas concursales aceptados”. En: *Themis, Revista de Derecho*, N° 45 (2002), Lima, pp, 7-24.
99. BARCLAY THORNE, Michelle, “El *Chapter 11* desde la perspectiva de la ley general del sistema concursal”, *ADVOCATUS 12, Facultad de Derecho de la Universidad de Lima*, 2005-I.
100. BENAVIDES KOLIND-HANSEN, Lisbeth. “El Periodo de Sospecha en la Ley General del Sistema Concursal”. En: *Revista de Derecho Administrativo*, N° 11, 2011, 313-326.
101. CALLE CASUSOL, Jean Paul, “Las principales innovaciones de la nueva Ley General del Sistema Concursal”, En: *Actualidad Jurídica*, Tomo 108, 2002.
102. CAMPODÓNICO MACAZANA, Humberto. Cambiando de objetivos, un paso adelante. A propósito de las recientes modificaciones a la Ley General del Sistema Concursal. En: *Jus Doctrina & Jurisprudencia*, N° 7, Año 2008. Lima: Editorial Grijley, pp, 533-545.
103. CASTELLANOS SÁNCHEZ, Luis Fernando. “Las Mil y una noches del Derecho Concursal unos objetivos y principios de cuento”. *Themis, Revista de Derecho*, N° 57, Lima 2009, pp, 199-226.
104. CORDÓN MORENO, Faustino, “Las relaciones entre el concurso y el arbitraje”, En: *Anuario de Derecho Concursal*, N° 15, Madrid, 2008, pp. 9-32.
105. DEL ÁGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. “Hacia una reestructuración del Sistema Concursal”, En: *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, N° 12, Lima, 2011, pp. 114-115.
106. DEL ÁGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. “Poniendo los puntos sobre las íes: Objetivos Principios y Líneas matrices del Sistema Concursal”. En: *Revista Foro Jurídico*, Año 1, N° 2, Lima, Junio 2003, 64-72.
107. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “El procedimiento auxiliar de insolvencia: una nueva configuración del Derecho Concursal Internacional”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2005.
108. EZCURRA RIVERO, Huáscar, “*Privaticemos la Insolvencia*”, En: “*Ius et Veritas*”, N° 24, Lima, 2002, pp, 198-210.

109. EZCURRA RIVERO, Huáscar. “Que el mercado decida quién ofrece las mejores reglas de insolvencia: Una aproximación contractual al tema de insolvencia internacional”. *En: Ius Veritas*. N°22.2001, 181-193.
110. EZCURRA RIVERO, Huáscar. “El derecho de voto de los acreedores vinculados al deudor insolvente: Aproximación al Tema a partir de un Análisis Económico del Derecho”, *Themis, Revista de Derecho*, N° 42, Lima, 2001, pp, 247-264.
111. ESCURRA RIVERO, Huáscar y SOLIS, Gerardo. “EL ESTADO CONTRATACA: la “múltiple personalidad” de un sistema concursal de ciencia ficción”. *En: Themis*. N°45 (2002), 149-164.
112. EZCURRA RIVÉRO, Huáscar. “La Muerte del Sistema Concursal”. *En: Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual*, N° 12, Lima 2011.
113. EZCURRA, Huáscar, ROJAS, Juan Francisco y SILVA, Hugo. Mesa Redonda: “Apreciaciones de un debate inconcluso. Los múltiples objetivos de una ley concursal con una única finalidad”. *En: Ius Veritas*. N° 27, 2003, pp, 291-302.
114. FERRERO DIEZ CANSECO, Alfredo: Del Derecho de Quiebra al Derecho Concursal moderno y la Ley de Reestructuración Empresarial. *En: Derecho PUCP*, Lima: Fondo Editorial PUCP, número 47, 1993, pp, 385-434.
115. GUTIÉRREZ OSSA, Jahir Alexander, SIERRA OSPINA, Graicy, VASCO CARDONA, Andrés Felipe, “Tratados, jueces y justicia en la economía y los negocios internacionales. Perspectiva en Colombia”, *En: Opinión Jurídica*, Vol 8, N° 16, 2009, pp. 47-60.
116. HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, “Procedimiento de disolución y liquidación e la Ley General de Sociedades y en la Ley de Reestructuración Empresarial”, *En: Ius et Praxis*, N° 21-22, Lima, 1993, pp. 137-150.
117. MORALES, Carlos. “Análisis de las propuestas recientes en materia de insolvencia internacional: una aproximación a sus principios y procedimientos”. *En: Revista de Derecho Privado*. Facultad de Derecho. Universidad de los Andes. Bogotá, N°23, 1999.
118. MORALES de SETIÉN RAVINA, Carlos. “Análisis de las propuestas recientes en material de insolvencia internacional: una aproximación a sus principios y procedimientos”. *En: Revista de Derecho Privado*, Bogotá, N° 23. Universidad Los Andes. Facultad de Derecho, 1999.

119. PUELLES, Guillermo. “Al filo de la Sospecha. La Ineficacia de los Actos del Deudor en Concurso”. *En: ADVOCATUS Nueva Época*. N° 18. Lima, 2007, pp, 285-304.
120. ROJAS LEO, Juan Francisco. “De la supuesta esquizofrenia del sistema concursal al maniqueísmo de sus detractores”. *En: Ius et Veritas*. N° 26, 2003, pp, 173-181.
121. RODRIGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, Alfonso. “Principios informadores de la nueva legislación española”. *En: Actualidad Jurídica*. N° 161, Lima, Abril 2007.
122. SCHARTZ, Alan. “Una aproximación contractual a la insolvencia”. *En: Themis. Revista de Derecho*. N° 45, 2002, pp, 119-148.
123. SCHMERLER VAINSTEIN, Daniel. “*Implicancias de la Suspensión de Exigibilidad de Obligaciones y de la Protección del Deudor Concursado en el Perú*”. *En: Derecho y Sociedad*, N° 34, Lima, 2010, pp, 295-305.
124. WÜRST, Walter J. “La quiebra extranacional”. *En: Revista de Derecho Comercial*. Buenos Aires, Año 29, 1996.

Tesis y Memorias

125. CASTRO COVELLI, Miguel: *Evolución y principios doctrinales de la institución de la quiebra*. Tesis para optar por el Título de Abogado, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas, 1981.
126. CEPEDA, Abel. *Antecedentes históricos en materia de quiebra y la aplicación de la presunción legal en la misma*”. Tesis para optar por el título de Doctor en Ciencias Económicas y Jurídicas. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas. 1952.
127. DURÁN PRIETO, María Cristina y Ana María REINALES RONDOÑO. *Insolvencia Transfronteriza*. Tesis de Licenciatura en Derecho. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2004. Consultada: 10 de octubre de 2010. <<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS81.pdf>>
128. ELLENBERG OYARCE, Carlos Guillermo. “La nueva orientación del Derecho Concursal Chileno luego de la dictación de las leyes 20.004 y 20.073: ¿Un incentivo al abandono de la quiebra como solución concursal?” Memoria de prueba para optar por el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Valdivia: Universidad Austral de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Consulta: 30.09.2011. <<http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2006/fje.45n/doc/fje.45n.pdf>>.

129. GONZALO QUIROGA, Marta. “*Normas imperativas y el orden público en el arbitraje privado internacional*”. Tesis de doctorado en Derecho. Madrid: Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho internacional público y Derecho internacional privado, 2000. Consulta: 17 de enero de 2012. <http://eprints.ucm.es/tesis/der/ucm-t24965.pdf>.
130. TORO PÉREZ, Carlos. *Quiebras Legislación Comparada*. Tesis de Grado para optar por el Título de Doctor en Ciencias Jurídicas. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. 1970.
131. ZEVALLOS CASTILLO, Henry. “La dimensión internacional de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas y el Derecho internacional privado: Bases para un marco jurídico del patrimonio cultural inmaterial”. Tesis de Licenciatura en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho. 2009.

Artículos Periodísticos:

132. ARANTXA CORELLA. En: “La ley Concursal busca eliminar su estigma social”. Consultado: 12.06.2011. http://www.cincodias.com/articulo/empresas/ley-concursal-busca-eliminar-estigma-social/20100113cdsdiemp_21/
133. “Entrevista a Jesús Huerta”. En: Liberalismo online. Citado en: “Crisis económica 2008-2012”. Consultada el 25.01.2012. <http://liberalismoonline.wordpress.com/2010/05/09/entrevista-a-jesus-huerta-de-soto-2/>
134. “EEUU inyecta 200.000 mln usd para Fannie Mae y Freddie Mac”. Consultada el 25.01.2012. <http://www.eleconomista.es/empresas-finanzas/noticias/739114/09/08/EEUU-Tesoro-inyecta-200000-mln-usd-para-Fannie-Mae-y-Freddie-Mac.html>
135. “Wall Street cae tras la quiebra de Lehman Brothers y la venta de Merrill Lynch”. Consultada el 25.01.2012. <http://www.eleconomista.es/mercados-cotizaciones/noticias/751842/09/08/Wall-Street-cae-tras-la-quiebra-de-Lehman-Brothers-y-la-venta-de-Merrill-Lynch.html>.
136. “Crisis en los Estados Unidos”. Consultada el: 24.01.2012. http://es.wikipedia.org/wiki/Crisis_econ%C3%B3mica_de_2008-2012#cite_note-0.

137. “Las últimas previsiones del FMI auguran que el PIB de la zona euro pasará de crecer un 1,6% en 2011 a retroceder un 0,5% este año, lo que representa un retroceso de 2,1 puntos”. En: “La Nueva recesión hará perder a la zona euro 1,5 millones de empleos”. Consultada el 24.01.2012. <http://www.cinco dias.com/articulo/economia/nueva-recesion-hara-perder-zona-euro-millones-empleos/20120126cdscdieco_1/>.
138. “Tasa de paro en Europa 2012”. Consultada el: 24.01.2015. <<http://tasadeparo.com/tasa-de-paro-en-europa-2012.html>>.
139. “Consecuencias sobre la economía española”. Consultada el: 24. 01.2012. <http://es.wikipedia.org/wiki/Crisis_econ%C3%B3mica_de_2008-2012#cite_note-31>
140. “Tasa de paro en Europa 2012”. Consultada el: 24. 01. 2012. <<http://tasadeparo.com/tasa-de-paro-en-europa-2012.html>>.
141. SÁNCHEZ, Carlos. “Más de 430 empresas cierran cada día tres años después del inicio de la crisis”. En: ElConfidencia.com. Consultada el 23.01.2012. <<http://www.elconfidencial.com/en-exclusiva/2011/empresas-cierran-despues-inicio-crisis-20110218-74998.html>>.
142. SÁNCHEZ, María. “El fantasma de la quiebra asecha a las empresas españolas”. En: MuyPymes.com. Consultada el 23.01.2012. <<http://www.muypymes.com/2011/08/17/el-fantasma-de-la-quiebra-acecha-a-las-empresas-espanolas>>.
143. Agencia de noticias AVN, “Miles de europeos se movilizaron para rechazar políticas de ajuste”, 30 de setiembre de 2012. Consultada el 01.10.2012.<<http://www.avn.info.ve/node/135085>>.
144. Francia, Crisis Económica, 28 de setiembre de 2012, Consultada el 01.10.2012. <<http://www.aimdigital.com.ar/aim/2012/09/28/francia-crisis-economica/>>.
145. RAMOS, Francisco, “España lidera el aumento de los procedimientos formales de insolvencia desde el inicio de la crisis. ¿Por qué?”, consultada el 10. 09.2012. <<http://www.axesor.es/BLOG/post/2012/07/18/Espana-lidera-el-aumento-de-los-concursos-acreedores-Europa.aspx>>
146. GONZALES, Josep, “500 empresas catalanas se han declarado en concurso durante el primer trimestre”, Diario: El País, 08 de Mayo, 2012, consultada el 05.06.2012. <http://ccaa.elpais.com/ccaa/2012/05/08/catalunya/1336476450_272844.html>

Portales Web:

147. *American Law Institute* (ALI) <http://www.ali.org>
148. BANCO MUNDIAL. < <http://www1.worldbank.org>>
149. Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. <http://www.uncitral.org/uncitral/es/index.html>
150. Comité Económico y Social Europeo. < <http://www.eesc.europa.eu/?i=portal.es.home>>
151. EUR-Lex (Access to European Union Law). <http://eur-lex.europa.eu/en/index.htm>
152. International Insolvency Institute. www.iiiglobal.org
153. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. INDECOPI, <http://www.indecopi.gob.pe>
154. Instituto Federal de Especialistas en Concursos Mercantiles México. <http://www.ifecom.cjf.gob.mx/>
155. Insolvency Institute of Canada, <http://www.insolvency.ca/en/>
156. INSOL Europe, <http://www.insol-europe.org/>
157. Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú. <http://www.rree.gob.pe>
158. Superintendencia de Sociedades Colombia. <http://www.supersociedades.gov.co>
159. The American Law Institute. <http://www.ali.org>

Documentos expedidos por organismos y organizaciones internacionales:

1. INDECOPI. “Anuario estadísticas institucionales 2011”. 2012. <http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/0/jer/estadisticas_portal_principal/Anuario2011.pdf>
2. INDECOPI. “Anuario estadísticas institucionales 2012”. 2013. http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/0/jer/estadisticas_portal_principal/ANUARIO2012.pdf
3. INDECOPI. “Propuesta de Modificación de la Ley General del Sistema Concursal”. <<http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/0/par/propley/modifley27809a.pdf>>
4. The American Law Institute. “Transnational Insolvency: Cooperation among the NAFTA countries”. <http://www.ali.org/doc/nafta_2003.pdf>
5. Banco Mundial. “Sistemas de Insolvencia Efectivos: Principios y Líneas rectoras” <http://www1.worldbank.org/finance/assets/images/DL_2_2_spanish.pdf>

6. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. “Proyecto de la Guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia” preparado por el Grupo de Trabajo V (Régimen de insolvencia) de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en el periodo 30 de las sesiones desarrollado en Nueva York, del 29 de marzo al 2 de abril de 2004.
7. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Informe de Trabajo del 26° período de sesiones. Viena, 5 de Julio de 1993. Consultada el 21.05.2012. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V93/865/55/IMG/V9386555.pdf?OpenElement> >.
8. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, “Informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la labor realizada en su periodo 41° de sesiones”. Nueva York, 30 de abril- 04 de mayo 2012. Consultada el 01.02.2013. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V12/534/49/PDF/V1253449.pdf?OpenElement>>
9. Comisión del Comité Económico, Social y Cultural. “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) N° 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia”, <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:160:0052:0064:ES:P DF>
10. European Commission. “Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee”. < http://ec.europa.eu/justice/civil/files/insolvency-comm_en.pdf>

Normas Legales:

1. Legislación nacional:

Ley General del Sistema Concursal N° 27809

<<http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/7/par/legisdirec/ley27809.pdf>>

Decreto Legislativo N° 1050 que aprueba la modificación de la Ley General del Sistema Concursal < <http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/7/par/legisdirec/dl1050.pdf>>

Tratado de Montevideo de 1889

Tratado de Montevideo de 1940

Tratado de La Habana o Código Bustamante 1928

2.- Legislación internacional.-

Norma concursal española: Ley 22/2003 (09 de julio)

<http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2003-13813>

Norma de insolvencia alemana: Insolvenzordnung. < <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/inso/gesamt.pdf>>

“Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza con la Guía para su incorporación al derecho interno”.

<<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/insolvency-s.pdf>>

Reglamento de Insolvencia Europeo 1346/2000 < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:160:0001:001:es:PDF>>

Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Título III. Libre circulación de personas, servicios y capitales.< http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/dat/12002E/htm/C_2002325ES.003301.html>

Regulación (EC) no. 593/2008 de el Parlamento Europeo y de el Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable para obligaciones contractuales (Roma I). <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:ES:PDF>>

Sentencias y Resoluciones:

STJCE, 17/01/2006, As. C-1/04, Staubitz – Schreiber.

Sentencia en el asunto C-444/07 MG Probud Gdynia sp. z o.o.

STJCE, 22/02/1979, asunto 133/78, Gourdian c. Nadler.

Resolución No. 0335-2000/TDC-INDECOPI de 09 de agosto de 2000.

Resolución N° 0377-2004/SCO-INDECOPI de 22 de Junio del 2004.

Resolución N° 0532-2008/TDC-INDECOPI de 12 de marzo del 2008.